



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Dereito

**Traballo de fin de grao:**

**ACUERDO SOBRE UN VIENTRE DE ALQUILER**

**ACORDO SOBRE UN VENTRE DE ALUGUER**

**RENT A WOMB DEAL**

---

CURSO 2017-2018

**Alumno: Alejandro Mejuto Blanco**

**Titor: Alfonso Ballesteros Soriano**

**Simultaneidade do Grao en (Dereito e Administración e  
Dirección de Empresas)**

## ÍNDICE

<b>0. ABREVIATURAS .....</b>	<b>2</b>
<b>1. SUPUESTO DE HECHO.....</b>	<b>3</b>
<b>2. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>3. ANÁLISIS DE LAS PREGUNTAS PLANTEADAS .....</b>	<b>4</b>
<b>3.1. Conforme al Derecho español, ¿en qué medida se puede considerar que Flavio es hijo de Andrea? Y, en su caso, ¿y de Alberto? .....</b>	<b>4</b>
<b>3.1.1. Concepto y regulación de la filiación en España .....</b>	<b>4</b>
<b>3.1.2. Argumentos del Tribunal Supremo .....</b>	<b>6</b>
<b>3.1.2.1. Respeto del orden público internacional español .....</b>	<b>7</b>
<b>3.1.2.2. Interés superior del menor .....</b>	<b>9</b>
<b>3.1.3. Argumentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....</b>	<b>10</b>
<b>3.2. ¿Cuáles son las condiciones para la inscripción del nacimiento en España? ¿Cumplían Andrea y Alberto dichas condiciones? .....</b>	<b>14</b>
<b>3.2.1. Concepto de nacimiento y acceso al Registro Civil español .....</b>	<b>14</b>
<b>3.2.2. Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 .....</b>	<b>16</b>
<b>3.2.3. Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010.....</b>	<b>19</b>
<b>3.3. ¿Qué relevancia penal tienen las acciones de Andrea y Alberto en España? ¿Qué pena, en su caso, les sería de aplicación? .....</b>	<b>21</b>
<b>3.3.1. Introducción al Título XII del Código Penal .....</b>	<b>21</b>
<b>3.3.2. Delito de compraventa de menores .....</b>	<b>23</b>
<b>3.3.3. Elementos del tipo penal de compraventa de menores .....</b>	<b>26</b>
<b>3.4. ¿Y el maltrato de Alberto a Andrea? ¿Qué pena, en su caso, le sería de aplicación? .....</b>	<b>30</b>
<b>3.4.1. Introducción al delito de maltrato habitual .....</b>	<b>30</b>
<b>3.4.2. Conducta típica del delito de maltrato habitual .....</b>	<b>33</b>
<b>3.4.3. Delito de lesiones.....</b>	<b>38</b>
<b>3.5. En este caso, ¿sería más pertinente el argumento de la “libertad de mercado” que el del “altruismo”? Expóngalo críticamente .....</b>	<b>40</b>
<b>3.5.1. El argumento del “altruismo” .....</b>	<b>40</b>
<b>3.5.2. El argumento de la “libertad de mercado” .....</b>	<b>41</b>
<b>3.5.3. La gestación por sustitución en Grecia.....</b>	<b>43</b>
<b>4. CONCLUSIONES .....</b>	<b>44</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>45</b>
<b>6. NORMATIVA.....</b>	<b>48</b>
<b>7. RESOLUCIONES CITADAS .....</b>	<b>49</b>

## **0. ABREVIATURAS**

AP- Audiencia Provincial.

CEDH- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

CC- Código Civil.

CE- Constitución Española.

CP- Código Penal.

DGRN- Dirección General de los Registros y del Notariado.

JPI- Juzgado de Primera Instancia.

LEC- Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrim- Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LRC- Ley del Registro Civil.

LTRHA- Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

MF- Ministerio Fiscal.

RJ- Repertorio de Jurisprudencia.

RRC- Reglamento del Registro Civil.

TEDH- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS- Tribunal Supremo.

## **1. SUPUESTO DE HECHO**

Andrea y Alberto, de 38 y 41 años, se conocieron en uno de los vuelos del Consejo de Administración de un importante banco español. Andrea es azafata y Alberto un miembro de la cúpula del banco. Después de dos años viviendo juntos desean tener un hijo pero Andrea no quiere pasar por un embarazo y un parto. Por ello recurren a una empresa dedicada al alquiler de vientres en Grecia donde la práctica está permitida en algunos casos.

Andrea y Alberto llevan a cabo un acuerdo a través de una empresa dedicada a la subrogación de embarazos. Una mujer albanesa, Jana, madre de tres hijos y residente en Grecia encuentra en este medio una fuente de ingresos ante sus escasos recursos, aunque la práctica no le parece del todo correcta. El óvulo es de una donante (anónima) y el esperma de Alberto. El embarazo de Jana, por encargo, tiene la consideración de “altruista”, de compensación por los gastos del embarazo pero no de retribución salarial, tal y como exige la legislación griega.

Jana tras el parto quiere quedarse al menor, por lo que las autoridades griegas para el correcto cumplimiento del contrato recogen al menor en casa de Jana y se lo entregan a Andrea y Alberto. Andrea y Alberto se inscriben en el Registro Civil local de Grecia como padres de Flavio. La pareja trata de registrar el nacimiento del niño en el Consulado español sin éxito.

Al llegar a España tratan de registrar el nacimiento, sin éxito. Se les acusa de haber comprado al menor. Siguiendo una orden judicial se entrega a Flavio a unos padres de adopción.

Desde este momento Alberto comienza a maltratar a Andrea, aunque solo en la última de las ocasiones requiere asistencia médica. Durante cuatro semanas Andrea sufre el maltrato por parte de Alberto que concluye con la detención de este tras conducir a Andrea al hospital después de haberle dado una paliza que la obliga a permanecer durante ocho días ingresada.

## **2. INTRODUCCIÓN**

La gestación por sustitución, también conocida como gestación subrogada o mal llamada “vientre de alquiler” es una técnica de reproducción humana asistida que nació hace aproximadamente 30 años y es una de las más comunes en estos tiempos. Si hay que destacar un país en el que ha sido y es importante esta técnica, este sería Estados Unidos, puesto que fue pionero en su utilización y en él se han producido algunos de los casos más sonados como los de Baby M, Johnson contra Calvert, etc.

Sin embargo, a pesar de que esta técnica facilita la reproducción humana existe una gran controversia sobre su legalidad, planteando problemas de Derecho internacional, puesto que normalmente se ven involucradas personas de diferentes países. En un gran número de ellos la gestación por sustitución está prohibida, sin embargo, entre los países en los que se permite esta técnica destacan Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Grecia, Portugal y Canadá.

En lo que se refiere al caso de España, esta es una cuestión que en los últimos tiempos ha sido objeto de debate tanto a nivel político como a nivel social y que pasaremos a desarrollar a continuación.

### **3. ANÁLISIS DE LAS PREGUNTAS PLANTEADAS**

#### **3.1. Conforme al Derecho español, ¿en qué medida se puede considerar que Flavio es hijo de Andrea? Y, en su caso, ¿y de Alberto?**

##### **3.1.1. Concepto y regulación de la filiación en España**

Desde un punto de vista jurídico, la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes, Alberto y Andrea, en un caso de maternidad subrogada internacional es un tema complejo, en el que la regulación de este tipo de técnicas es distinta según el país de que se trate. Por ejemplo, en el caso de España esta está prohibida, mientras que en Grecia, país al cual acude la pareja para la obtención del hijo, es legal en determinadas circunstancias.

En este sentido, señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN que “se denomina filiación tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo”<sup>1</sup>. Esta relación que surge entre los progenitores y los recién nacidos es una relación con trascendencia jurídica, puesto que el ordenamiento jurídico les atribuye una serie de derechos y obligaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, la filiación constituiría un hecho natural, pero también un hecho jurídico. Según CASTÁN TOBEÑAS “si en cuanto hecho natural la filiación se da siempre en todas las personas, pues todo individuo es hijo de un padre y de una madre, como hecho jurídico la filiación no siempre existe”<sup>2</sup>. Por este motivo, es tan importante en el Derecho el hecho de asegurarse la paternidad, con el fin de que la procreación tenga efectos jurídicos. Sin embargo, en ocasiones es complicado comprobar la paternidad, e incluso en ocasiones, la ley no reconoce la cualidad de padre o de hijo.

En lo que concierne a nuestro caso, podemos observar que el hecho natural de la filiación sería fácil de determinar, siendo Alberto el padre, al haber aportado el gameto masculino y siendo la madre la donante anónima que aporta el óvulo. Sin embargo, el hecho jurídico de la filiación es más difícil de determinar puesto que existen dos partes enfrentadas, como son los padres comitentes y la mujer gestante, que tras el parto desea quedarse con el menor.

En los últimos años, la maternidad subrogada se ha convertido en una realidad en España, a pesar de la existencia de una ley que establece la nulidad de los contratos que regulan esta práctica. Esta es, concretamente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA)<sup>3</sup>, que deroga la normativa anterior y contiene el régimen actual en materia de reproducción asistida en España contemplando así

---

<sup>1</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, Volumen IV, Tomo 1, Derecho de familia, Tecnos, Madrid, 2012, p. 229.

<sup>2</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo V, volumen 2º, Relaciones paternofiliales y tutelares, Editorial Reus, Madrid, 1995, pp. 19-20.

<sup>3</sup> BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

los casos de inseminación artificial, fecundación in vitro y sus distintas técnicas. Esta ley tenía como antecesoras la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida<sup>4</sup>, cuyo objetivo principal fue admitir las técnicas de reproducción humana que permitieran superar una posible esterilidad de la pareja y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de técnicas de reproducción asistida<sup>5</sup>, para limitar a tres el máximo de ovocitos que se podían generar en cada ciclo reproductivo.

La LTRHA, en sus artículos 7, 8, 9 y 10 regula la filiación de los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida. Destaca, por ejemplo, que el artículo 7.1 LTRHA<sup>6</sup> remite a las leyes civiles, salvando las especificidades de los artículos siguientes. Como consecuencia de esto, en lo referente a la filiación habría que atender a los artículos 108 y siguientes del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (en adelante CC)<sup>7</sup>, así como a las leyes forales que regulen la materia.

Si analizamos la LTRHA actual, nos debemos detener en el artículo 10<sup>8</sup>, puesto que regula la gestación por sustitución. Este artículo en su apartado primero, expresa la nulidad de pleno derecho de los contratos de maternidad subrogada. Por lo tanto, y teniendo en cuenta el caso que nos atañe podemos observar que el contrato por el que Alberto y Andrea obtienen al menor sería un contrato nulo según el Derecho español.

Siguiendo con un análisis del citado artículo llegamos al apartado segundo en el cual se establece que la filiación de los hijos nacidos mediante gestación subrogada será determinada por el parto, siguiendo el principio “*mater semper certa est*”. Si relacionamos esto con nuestro caso podríamos deducir que la mujer gestante sería la madre de Flavio, algo que no está claro todavía y que analizaremos con posterioridad.

En tercer lugar, este artículo en su apartado tercero establece una salvedad, y es que queda a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, es decir, de Alberto en nuestro caso, ya que ha sido el progenitor que ha aportado el espermatozoide necesario para la fecundación.

Este artículo 10 LTRHA es la base de la regulación en España de esta técnica de la maternidad subrogada, puesto que, el Código Civil no regula explícitamente este tipo de técnica tan utilizada en la actualidad.

A pesar del auge de la maternidad subrogada en España y también en todo el mundo, según un especialista en la materia como SAEZ-SANTURTUN PRIETO “no se debería cambiar

---

<sup>4</sup> BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

<sup>5</sup> BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

<sup>6</sup> “Artículo 7.1. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida: 1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”.

<sup>7</sup> BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<sup>8</sup> “Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

el criterio legal vigente en España”<sup>9</sup>, a su vez BONILLO GARRIDO añade que “la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas, así como la explotación de la mujer gestante, de forma que se debería confirmar que el estado civil es indisponible por los particulares”<sup>10</sup>.

Sin embargo, en relación con la cuestión jurídica de la determinación de la filiación en el ordenamiento jurídico español a favor de los menores nacidos en otros países a partir de las técnicas de maternidad subrogada existe un gran dilema. Por un lado, debido a que estas personas han obtenido un niño mediante un procedimiento que en España es ilícito, parecería lógico que el Estado español impidiese la inscripción de la filiación en el Registro Civil, y por otro, la existencia de un nuevo ser cuyos intereses deben ser protegidos de forma preferente por el Derecho, puesto que ese niño tendría derecho a una identidad, a unos padres y a una nacionalidad. Llegados a este punto, la acción contraria a Derecho llevada a cabo por Alberto y Andrea no podría perjudicar en ningún momento al niño, pero tampoco podría suponer un título ilegítimo.

En este punto, la situación que vive España respecto a la maternidad es una situación anómala que comenzó con la Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>11</sup>, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, para que los niños nacidos mediante la técnica de la gestación por sustitución pudiesen ser registrados como hijos de los padres de intención o padres comitentes. Sin embargo, esta Instrucción contradecía el Derecho español, concretamente el artículo 10 LTRHA mencionado anteriormente, algo que no hizo cesar el número de nacimientos por esta técnica en España, sino que este creció. Sin embargo, años más tarde el Tribunal Supremo (en adelante TS), en una sentencia del 6 de febrero de 2014 sentó jurisprudencia sobre este asunto, algo que pasaremos a comentar a continuación.

### **3.1.2. Argumentos del Tribunal Supremo**

El gran dilema causado por el vacío legal sobre esta materia en el Derecho español ha llegado a las instancias más altas de nuestro Derecho, habiendo el TS dictado su primera sentencia sobre maternidad subrogada internacional.

En el caso que estamos analizando, los comitentes eran dos varones españoles casados que solicitaron la inscripción del nacimiento de dos hijos, nacidos mediante gestación por sustitución, en el Registro Civil consular de Los Ángeles y les fue denegada dicha inscripción por lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA.

Ante esta decisión, los padres comitentes decidieron interponer un recurso de casación, cuyo único motivo era la infracción del artículo 14<sup>12</sup> de la Constitución Española (en

---

<sup>9</sup> SAEZ-SANTURTUN PRIETO, J. “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, Año XXXV, núm. 8293, sección Tribuna, 15 de abril 2014, p. 55.

<sup>10</sup> BONILLO GARRIDO, L. “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 8070, sección Doctrina, 25 de abril 2013, pp. 1-2

<sup>11</sup> BOE núm.60, de 10 de marzo de 2010; pp. 24023-24026.

<sup>12</sup> “Artículo 14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante, CE.

adelante CE), por vulneración del principio de igualdad en relación con el derecho de identidad única y el interés superior de los menores que aparece recogido principalmente en la Convención de Derechos del Niño, que tuvo lugar en Nueva York el 2 de noviembre de 1989<sup>13</sup>. El Alto Tribunal se basó principalmente en dos argumentos para denegar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, que pasamos a tratar en detalle a continuación.

### **3.1.2.1. Respeto del orden público internacional español**

El Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia de 6 de febrero de 2014 afirma que *“la técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español”*<sup>14</sup>.

A continuación, el Tribunal Supremo introdujo el término de “orden público”, y afirma que *“la posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos tiene unos límites que, en lo que aquí interesa vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”*.

A su vez, en esta sentencia el Alto Tribunal menciona alguna de las normas que formarían parte de este orden público internacional: *“ese orden público está integrado por los derechos fundamentales y los principios contenidos en el Título I de la CE en la medida en que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, las relaciones paterno-filiales”*. En la infracción de alguno de los derechos contenidos en este Título, y concretamente en el respeto a la dignidad personal, como fundamento de los derechos de la persona y límite de cualquier actuación, encuentra el Tribunal Supremo la justificación a la denegación de la inscripción de los hijos nacidos mediante la técnica de la gestación subrogada en el Registro Civil español.

Continúa su exposición el Tribunal Supremo estableciendo que *“en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”*.

---

<sup>13</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>14</sup> STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 247/2014).



Por lo tanto, y teniendo en cuenta lo anterior, podemos observar que las normas aplicables a la gestación por sustitución, concretamente el artículo 10.3 de la LTRHA, infringiría este orden público internacional, puesto que como dice el Tribunal vulnerarían la dignidad de la mujer gestante y del niño.

Sin embargo, el TS afirma *“que el orden público español se caracteriza por ser un orden público atenuado, pero la intensidad de la atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica en España. En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concretar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico)”*.

Según lo expuesto anteriormente, y en relación con nuestro caso de estudio podemos suponer que Alberto y Andrea únicamente acuden a Grecia con el fin de tener un hijo mediante la técnica de gestación por sustitución que es válida en el país heleno en ciertas situaciones, no existiendo ningún tipo de vínculo entre la pareja y este país. Por lo tanto, podríamos calificar la relación de la pareja con Grecia de “relación artificial” por lo que, en un principio, no debería de ser determinada la filiación a favor de ellos.

A su vez, el Alto Tribunal considera *“que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”*.

Teniendo en cuenta el caso que nos atañe, y observando las similitudes entre ambos casos, a Alberto y a Andrea no se les podría atribuir la condición de padres de Flavio, puesto que esto sería contrario al orden público internacional español, al ser esta técnica contraria a ciertos aspectos esenciales de las relaciones familiares citadas anteriormente por el Tribunal Supremo.

Sin embargo, a pesar de admitir que el contrato de gestación por sustitución era contrario al orden público español, los recurrentes afirman que *“la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia periférica de dicho contrato”*. A esto respondió el Alto Tribunal afirmando que *“la inscripción de la filiación es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes”*.

A pesar de lo anterior, el Tribunal Supremo recuerda que la LTRHA deja a salvo la posibilidad de que el padre biológico ejerza la acción de reclamación de la paternidad, haciendo posible así el establecimiento de la paternidad registral a favor de los padres de intención. También prevé cuál debe ser el régimen de filiación del niño dado a luz como consecuencia de dicho contrato: *“la maternidad quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico”*.

Por tanto, teniendo en cuenta todo lo expuesto por el Alto Tribunal con respecto a este argumento del orden público internacional, podríamos interpretar que el contrato llevado a cabo por Alberto y Andrea sería nulo, por lo que no se podría determinar la filiación a favor de ninguno de los dos.

### **3.1.2.2. Interés superior del menor**

Otro de los argumentos que utilizó el Tribunal Supremo (en el Fundamento Jurídico quinto de la sentencia vista anteriormente) para no admitir el recurso de casación interpuesto por la pareja de varones que habían inscrito en el Registro Civil de California el nacimiento de los mellizos fue el del interés superior del menor.

Los padres recurrentes o comitentes sostuvieron que, como consecuencia de haber manifestado su consentimiento para ser padres, ellos serían los mejores padres que el niño podría poseer, limitándose la mujer que dio a luz a cumplir con las prestaciones establecidas en el contrato de maternidad subrogada. A su vez, basan su argumento en que el niño tiene derecho a una identidad única que debería ser respetada, incluso por encima de las fronteras entre países.

En relación con el principio de interés superior del niño es importante resaltar el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>15</sup>, (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España), que afirma la necesidad de que todo tipo de entidades y tribunales tomen siempre sus decisiones en relación con el interés superior del menor. Este principio también aparece recogido en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>16</sup> y en el

---

<sup>15</sup> “Artículo 3: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

<sup>16</sup> “Artículo 24.2: Derechos del niño. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”.

artículo 39 de la Constitución Española<sup>17</sup>. A su vez existe regulación sobre este aspecto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>18</sup>.

Según el Tribunal Supremo *“el interés superior del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”*. Continúa el Alto Tribunal afirmando que *“el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil”*.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta nuestro caso, a pesar de que el interés superior de Flavio puede verse perjudicado al no llevar a cabo la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil español, debido a que el contrato de gestación por sustitución es nulo en el ordenamiento español, establecer una filiación a favor de los padres comitentes (Andrea y Alberto) supondría también un perjuicio para él. A su vez, el Tribunal Supremo critica que este tipo de contratos suponen una mercantilización de la filiación a favor de los padres comitentes, algo que atenta contra la dignidad de Flavio al convertirlo en un objeto de tráfico mercantil.

Para finalizar, el Alto Tribunal recuerda que *“el Código Civil no exige que cuando se formule una acción de impugnación de la filiación respecto de un menor haya de fijarse simultáneamente otra filiación alternativa, de modo que el éxito de tal acción supone privar al menor de la filiación hasta ese momento determinado. Por tanto, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación”*.

Por lo tanto, según el Tribunal el establecimiento de la filiación a favor de Alberto y Andrea, padres comitentes de Flavio, sería un hecho perjudicial para el menor, ya que atentaría contra los criterios legales recogidos en la LTRHA.

### **3.1.3. Argumentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

A pesar de todo lo expuesto por el Tribunal Supremo español, al ser nuestro país parte del Consejo de Europa, la última instancia en asuntos relacionados con los derechos

---

<sup>17</sup> “Artículo 39: 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

<sup>18</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero de 1998, pp. 1225-1238.

fundamentales sería el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Este tribunal se ha pronunciado en tres ocasiones sobre cuestiones relacionadas con la inscripción de la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución, siendo las primeras la STEDH de 26 de junio de 2014 núm. 65192/11 que resuelve el recurso de Mennesson y la núm. 65941/11 que resuelve el caso Labassee, en las cuales se fija la posición del Tribunal sobre este asunto de la gestación subrogada internacional. A continuación, en el año 2015 dictó la sentencia Paradiso y Campanelli núm. 25358/12, que fue recurrida ante la Gran Sala del mismo tribunal, la cual resolvió en la sentencia núm. 4007/17 en enero de 2017 revocando de forma parcial la sentencia anterior.

a) Sentencias Mennesson y Labassee

Estas sentencias tratan de dos matrimonios franceses que deciden trasladarse a Estados Unidos para recurrir a la fecundación in vitro con gametos de los respectivos maridos y óvulos procedentes de una donante. La implantación de los embriones se llevó a cabo en los úteros de mujeres diferentes, a las que habían aportado en su momento los óvulos.

El matrimonio Mennesson tuvo dos hijas gemelas nacidas en el año 2000 en California, mientras que el matrimonio Labassee tuvo una única hija nacida en Minnesota en 2001. Ambos juzgados americanos reconocieron a los dos matrimonios franceses la condición de padres de las niñas.

Sin embargo, cuando ambos matrimonios decidieron regresar a Francia, no se les permitió inscribir a sus hijas respectivas en el Registro Civil, como consecuencia de la aplicación del artículo 16 del Código Civil francés<sup>19</sup>, que establece la nulidad de la gestación por cuenta de otro, y considera dicha prohibición materia de orden público. Según ese concepto de orden público, se prohíbe que el cuerpo humano sea objeto de transacción y que el niño quede reducido a objeto de contrato.

Los dos matrimonios, después de agotar la vía judicial en Francia, acudieron al TEDH invocando la infracción del artículo 8 de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH)<sup>20</sup>, el cual, según su opinión, había sido violado por el tribunal francés.

El Tribunal Europeo resolvió ambos recursos al mismo tiempo y sentenció en base a los mismos argumentos, aduciendo la inexistencia de la violación del artículo 8 CEDH en relación con el derecho a la vida familiar. Sin embargo, afirmaba que sí se habría producido la infracción del derecho a la vida privada de los hijos, en relación con el principio del superior interés del niño comentado anteriormente.

---

<sup>19</sup> “Article 16: La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie”.

<sup>20</sup> “Artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Volviendo otra vez al artículo 8 del CEDH, podemos observar que este artículo prevé la posibilidad de injerencia por parte de la autoridad pública en este derecho en determinadas circunstancias. En relación a esto, el Tribunal reconoce en la Sentencia Mennesson que *“los estados firmantes del CEDH disponen de un “margen de apreciación importante” acerca de lo que es “necesario” en una “sociedad democrática” para alcanzar esos objetivos. Pero dicho margen debe ser reducido, matizado o relativizado cuando el problema se refiere a la filiación, en la medida en que constituye un aspecto esencial de la identidad del niño”*<sup>21</sup>.

Por lo tanto, sería necesario encontrar el equilibrio entre el interés de los ciudadanos en disfrutar plenamente de los derechos concernientes a su vida privada y familiar, en este caso el interés superior del niño, y el interés de la colectividad a que sus miembros acaten las decisiones adoptadas democráticamente. Entonces, según la opinión del TEDH, *“la falta de reconocimiento por el Derecho de un Estado del vínculo de filiación con los comitentes puede tener como consecuencia la destrucción de la vida familiar del niño”*.

Concluye el citado Tribunal diciendo que *“el no reconocimiento de la filiación no sólo tendría efectos negativos sobre los comitentes, sino que también los tendría sobre el menor, ya que se vería afectado el derecho a que se respete su vida privada garantizado por la Convención, que implica que cada uno pueda configurar “la sustancia de su identidad”, comprendida en ella su filiación”*.

Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Francia a dejar sin efecto sus resoluciones denegatorias de la filiación y a que procediese a la inscripción de las menores. Esto se debió principalmente a que, al negar el reconocimiento de la filiación de las niñas con los padres comitentes, el Estado ha ido más allá del margen de discrecionalidad que mencionamos anteriormente, ya que se les estaría imposibilitando un aspecto esencial de su identidad, como sería el de la filiación, lo que supondría una violación de su derecho a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 de la CEDH.

En relación al caso que nos atañe esta resolución cambiaría todo lo que hemos expuesto anteriormente con respecto a la sentencia del Tribunal Supremo, puesto que, como consecuencia de esta resolución, Andrea y Alberto, padres comitentes, podrían inscribir la filiación de Flavio a su favor.

#### b) Sentencias Paradiso y Campanelli

Este caso trata de un matrimonio italiano que contrató una gestación por sustitución en Rusia, lugar en el cual, tras el nacimiento del niño, se inscribió como hijo de ambos progenitores sin mencionar el tipo de contrato. Meses más tarde se constató, después de realizar las pertinentes pruebas de paternidad en Italia, que el señor Campanelli no era el padre. Como consecuencia de la ausencia de mención del tipo de contrato y de la falta de vinculación genética con los progenitores, el Estado italiano actuó contra el matrimonio debido a la alteración de estado civil y aportación de documentos falsos.

Los padres del menor, que fue dado en adopción, agotaron las vías jurisdiccionales en Italia antes de acudir al TEDH, que consideró que durante los meses que convivieron juntos se

---

<sup>21</sup> STEDH núm. 65192/2011, de 26 de junio de 2014.

crearon lazos de carácter familiar que necesitaban de protección jurídica. Basa su decisión en que el orden público no es suficiente para la separación del niño de su familia, así como que el interés del menor debe primar sobre el orden público. Afirma a su vez la violación del artículo 8 CEDH y condena al Estado italiano al pago de una multa, pero no dispone que el niño deba abandonar su familia de acogida para volver con el matrimonio Campanelli, con el que había dejado de convivir cuando tenía cinco meses.

Como consecuencia de la sentencia anterior, el Estado italiano recurrió ante la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en enero de 2017 publicó el fallo, siendo la primera ocasión en que dicha sala se pronunciaba sobre esta materia tan controvertida, dando la razón a Italia basándose en los siguientes argumentos:

- a) Ausencia de vida familiar, puesto que, teniendo en cuenta que la duración de la relación fue muy corta, la incertidumbre de la relación y la ausencia de un vínculo biológico entre el menor y los padres de intención no se podría llegar a afirmar la existencia de una vida familiar en relación al artículo 8 de la CEDH.
- b) Legítima intervención en la vida privada, que la Gran Sala considera proporcionada, puesto que la conducta llevada a cabo por el matrimonio italiano viola la legislación sobre adopción y técnicas de reproducción italianas.
- c) Competencia del Estado para determinar la filiación, ya que según esta Sala los tribunales italianos actuaron legítimamente con el objetivo de prevenir el desorden y proteger los derechos y libertades del hijo. Afirma a su vez el Tribunal que *“corresponde a Italia la competencia exclusiva en el reconocimiento de las relaciones de filiación, que en ese Estado se sostienen sobre la sola base del vínculo biológico o la adopción legal”*<sup>22</sup>.
- d) Adecuado balance de los intereses en juego, ya que la Gran Sala entiende que los jueces italianos hicieron un buen balance entre los diversos intereses en juego y actuaron dentro del margen de apreciación nacional cuando concluyeron que la separación del niño respecto de los padres comitentes no produciría un daño grave e irreparable.

Según la Gran Sala del Tribunal Europeo *“en la maternidad subrogada no existen hechos consumados, como si los jueces no tuvieran otra opción que admitir las filiaciones de los hijos obtenidos en el extranjero en violación a las normas internas de los países”*. A su vez, en esta importante sentencia se subraya la relevancia de la legislación nacional a la hora de regular la maternidad subrogada *“ante los intentos de activismo judicial que pretenden sustituir a los parlamentos en la regulación de los vínculos parentales”*.

Por lo tanto, vistas las sentencias más importantes sobre esta temática, tanto nacionales como las de la Corte europea, podemos observar que la situación de la determinación de la filiación de los niños nacidos por maternidad subrogada es bastante incierta. En opinión del Comité de Bioética de España *“las soluciones aportadas por la jurisprudencia nacional o del TEDH sirven solo para los casos que han resuelto y, aunque ofrecen una orientación*

---

<sup>22</sup> STEDH núm. 4007/2017, de 24 de enero de 2017.

*sobre el modo en que decidirán situaciones análogas, no dan respuesta previa a la variedad de supuestos que pueden plantearse”<sup>23</sup>.*

En resumen, y en lo que se refiere a nuestro caso de estudio, Flavio no se podría considerar hijo de Andrea, puesto que el artículo 10.2 LTRHA nos dice que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, en relación al principio “*Mater semper certa est*”, siendo entonces Jana, la mujer gestante, la madre de Flavio.

En lo que se refiere a Alberto, este mismo artículo deja abierta una posibilidad para que se pueda determinar la filiación a su favor, y es la vía del artículo 10.3 LTRHA que establece la posibilidad de que interponga una acción de reclamación de la paternidad, puesto que es el padre biológico al haber aportado el gameto masculino necesario para la fecundación.

### **3.2. ¿Cuáles son las condiciones para la inscripción del nacimiento en España? ¿Cumplían Andrea y Alberto dichas condiciones?**

#### **3.2.1. Concepto de nacimiento y acceso al Registro Civil español**

Según la opinión de ALBALADEJO GARCÍA, “se es persona desde que se nace, siempre que el nacido sea un ser vivo y con figura humana”<sup>24</sup>. A su vez, este autor establece un momento para el nacimiento, el cual, según su opinión, tiene lugar “no a la salida del nuevo ser del claustro materno, sino cuando se rompe el cordón umbilical”.

El nacimiento es una figura jurídica que viene recogida en el Título II del CC, concretamente en el artículo 29 CC<sup>25</sup>, que establece “que el nacimiento determina la personalidad”. El nacimiento produce efectos civiles desde que tiene lugar, pero para el pleno reconocimiento de los mismos es necesaria su inscripción en el Registro Civil.

En lo que se refiere a la inscripción de los nacimientos, el Título V de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante LRC)<sup>26</sup> en su Capítulo Primero, concretamente el artículo 40<sup>27</sup>, establece que para que el nacimiento sea inscribible este debe contener las condiciones del artículo 30 CC<sup>28</sup>. Estas condiciones se refieren a que la personalidad se adquiere en un determinado momento, que es el del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. A su vez, según el artículo 41 LRC<sup>29</sup> la inscripción hace fe de numerosas circunstancias entre las que se encuentran el hecho, la fecha, hora, lugar del nacimiento, sexo y en algunas ocasiones hasta de la filiación del inscrito.

---

<sup>23</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Bilbao, 2017, pp. 62-63.

<sup>24</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I*, Bosch, Barcelona 1991, pp.103-104.

<sup>25</sup> “Artículo 29: El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

<sup>26</sup> BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

<sup>27</sup> “Artículo 40: Son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil”.

<sup>28</sup> “Artículo 30: La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

<sup>29</sup> “Artículo 41: La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito”.

Continuando con el análisis de este capítulo nos encontramos con el artículo 42 LRC<sup>30</sup>, que establece la forma en la que debe practicarse la inscripción. Esta debe llevarse a cabo mediante “declaración de quien tenga conocimiento cierto del nacimiento. Además, la misma se formulará dentro de las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento [...]”. Así mismo, el artículo 43<sup>31</sup> LRC establece una lista de personas que estarían obligadas a promover la inscripción por la declaración correspondiente, entre los que se encontrarían “El padre, la madre, el pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse [...]”.

Sin embargo, teniendo en cuenta el caso que se nos plantea, el acceso al Registro Civil español para los casos de gestación por sustitución internacional no es sencillo, y en este sentido HEREDIA CERVANTES afirma que “el acceso al Registro Civil español de los nacimientos de niños nacidos en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución es una cuestión especialmente controvertida”<sup>32</sup>.

A pesar de lo anterior, la Dirección General de los Registros y del Notariado llevó a cabo una importante tarea en lo que se refiere a las inscripciones de los nacimientos por la técnica de la maternidad subrogada. Destaca, en primer lugar, la Resolución de 18 de febrero de 2009, en la que revoca la decisión del Encargado del Registro Consular de California, en el caso visto anteriormente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. En segundo lugar, destaca la Instrucción de 5 de octubre de 2011<sup>33</sup> con la que esta institución establecía el camino a seguir por los Encargados de los diferentes Registros Civiles para la inscripción de casos de gestación por sustitución internacional.

Además, siguiendo con la exposición del profesor HEREDIA CERVANTES, la finalidad de la inscripción en el Registro Civil español es, generalmente, la de obtener un documento para el menor, siempre y cuando tuviese la nacionalidad española, y en este sentido afirma que “la inscripción en el Registro Civil español persigue generalmente la obtención de algún documento para el menor (p.ej., un pasaporte español para salir del país en el que se ha producido el nacimiento), y dado que el hecho inscribible se ha producido fuera de España sólo podría procederse a la inscripción si el nacimiento afectase a un español ya que, de no ser así, nuestras autoridades registrales carecerían de competencia”<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> “Artículo 42: La inscripción se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto del nacimiento. Esta declaración se formulará entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento, salvo los casos en que el Reglamento señale un plazo superior”.

<sup>31</sup> “Artículo 43: Están obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente: 1º. El padre. 2º. La madre. 3º. El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse. 4º. El jefe del establecimiento o el cabeza de familia de la casa en que el nacimiento haya tenido lugar. 5º. Respecto a los recién nacidos abandonados, la persona que los haya recogido”.

<sup>32</sup> HEREDIA CERVANTES, I.: *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, 2003, pp. 1.

<sup>33</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

<sup>34</sup> HEREDIA CERVANTES, I.: *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestión por sustitución*, op. cit. pp. 5.



En relación con lo anterior, habría que tener en cuenta el artículo 17.1 CC<sup>35</sup>, que establece las condiciones que tiene que cumplir una persona para ser española de origen, condiciones que tiene que comprobar con carácter previo el Encargado del Registro, para determinar si reconoce la filiación del menor y por tanto, puede justificar su competencia.

Con respecto al caso que nos atañe, podríamos considerar español a Flavio en el caso de que se demostrase que, después de recurrir a la acción de reclamación de paternidad por parte de Alberto, se constata que este era el padre del niño, puesto que tanto Alberto como Andrea suponemos que tenían la nacionalidad española.

Antes de comenzar a analizar los pronunciamientos de la DGRN sobre esta materia, conviene resaltar que hasta el momento este órgano solamente ha vertido su opinión con respecto a situaciones en las cuales la relación de filiación ya había sido establecida en el país extranjero, y con posterioridad lo que se buscaba era la inscripción en el Registro Civil español de tal situación. Por lo tanto, el análisis de estos dos pronunciamientos nos puede dar una idea de la opinión que tendría esta institución sobre el caso que nos atañe, en el cual el nacimiento es inscrito en el Registro Civil de Grecia, pero la pareja no consigue inscribirlo en el Consulado español.

### **3.2.2. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009**

La evolución de la posición de la DGRN conforme a la inscripción de relaciones de filiación establecidas en el extranjero y resultado de las técnicas de la gestación por sustitución es muy notoria, siendo con esta Resolución la primera vez que este órgano se posiciona sobre el tema en cuestión.

Esta resolución tiene su origen en el recurso interpuesto por la pareja de varones comentada en la pregunta anterior, a la cual se le denegó la inscripción de los certificados de nacimiento de dos niños nacidos en California. La DGRN estimó el recurso interpuesto por la pareja y llevó a cabo la inscripción del nacimiento.

Sin embargo, esta Resolución suscitó un gran rechazo en gran parte de la doctrina. A su vez, fue anulada a instancias del Ministerio Fiscal (en adelante, MF) por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (JUR 2011\949), que confirmó la del Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 (AC 2010/193). Ambas sentencias estimaron que la citada Resolución era nula y así lo declararon, argumentando la Audiencia Provincial de Valencia que debía aplicarse el tan mencionado artículo 10 LTRHA y que, por lo tanto, en palabras de la Audiencia Provincial *“el contrato de gestación por sustitución era nulo de pleno derecho y la filiación debía corresponder a la mujer que dio a luz”*<sup>36</sup>. A su vez estos tribunales afirmaron que *“la*

---

<sup>35</sup> “Artículo 17.1 CC: 1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles. b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos, hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España. c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español”.

<sup>36</sup> SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011 (JUR 2011\949).

*certificación registral californiana no podía surtir efectos jurídicos en España porque no se ajustaba a la LTRHA”.*

Asimismo, la DGRN establece que existen dos formas de inscripción en el Registro Civil del nacimiento de un sujeto español ocurrido en el extranjero que son “a través de la correspondiente declaración del sujeto o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido”<sup>37</sup>.

En lo que se refiere al caso que nos ocupa, se trataría de la segunda forma de inscripción en el Registro, es decir, la de la presentación de una certificación registral extranjera. En relación con lo anterior, el legislador español ha previsto un mecanismo específico que se encuentra recogido en el artículo 81 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante RRC)<sup>38</sup>.

Continúa la DGRN exponiendo las características de esta certificación registral extranjera y su posterior acceso al Registro, afirmando que “constituye una “decisión” adoptada por autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido, y viendo que se trata de una “decisión extranjera” en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye, no una cuestión de “Derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro”.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, observamos que las normas aplicables en el caso son las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, es decir, las del artículo 81 RRC, en lugar de las normas de conflicto españolas o las normas sustantivas españolas determinantes de la filiación.

Si analizamos este artículo de una forma sintética, en primer lugar, podemos observar que el legislador español no exige que la solución que se dé a la cuestión jurídica por la certificación registral extranjera sea idéntica a la de las normas jurídicas españolas. En este sentido, del artículo 81 RRC se puede extraer que las certificaciones registrales extranjeras deben superar un “control de legalidad” que en palabras de la DGRN “no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española”.

En segundo lugar, este mismo artículo afirma que, sea como sea, el documento auténtico, es un título para inscribir el hecho que recoge y que también lo sería “el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales”. Estos documentos, según el órgano Directivo, deberían satisfacer una serie de requisitos legales que conformarían el “control de la legalidad” que hemos mencionado anteriormente. Entre los requisitos necesarios estarían:

---

<sup>37</sup> Resolución DGRN de 18 de febrero (RJ 2009\1735).

<sup>38</sup> “Artículo 81: El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”. BOE: núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

a) Documento público

Un primer requisito de esta certificación registral extranjera es que se trata de un documento público, en palabras de la DGRN “un documento autorizado por una autoridad extranjera”. A tenor del contenido del artículo 323.2º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)<sup>39</sup>, un documento procedente del extranjero para tener la consideración de público debe contener los mismos requisitos exigibles en el país donde se ha otorgado como “documento público”, siempre y cuando se acompañe de su legalización o apostilla.

b) Autoridad registral equivalente

El segundo requisito necesario para que se cumpla con el “control de la legalidad” es el de que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que lleva a cabo funciones similares a las del Registro Civil español. Este es un requisito contenido en el artículo 85 RRC<sup>40</sup> que establece que “para practicar inscripciones en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico”.

c) Control de la legalidad del acto contenido en la certificación

Este requisito se deduciría del artículo 81 RRC, ya que al Registro Civil solo acceden, según el órgano Directivo, “actos presumiblemente válidos, lo que se acredita con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, que debe realizar el Encargado”. Se exigiría que la certificación registral cumpla determinadas exigencias para tener “fuerza en España” y poder acceder de esa manera a nuestro Registro Civil.

Otro requisito que debe cumplir la certificación registral extranjera es el de no vulneración del “orden público internacional”, concepto que ya hemos tratado en la STS 247/2014. En relación con esto, la DGRN establece que “la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura básica del Derecho español, y por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española”.

Estos serían a grandes rasgos los aspectos principales de esta Resolución de la DGRN y algunos de ellos son los que componen el “control de la legalidad”, concepto que hemos expuesto anteriormente. Los tres requisitos que componen el “control de la legalidad” se verían cumplidos en nuestro caso, puesto que podríamos suponer que el documento que

---

<sup>39</sup> “Artículo 323.2º: 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: 1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”. BOE: núm.7, de 8 de enero del 2000.

<sup>40</sup> “Artículo 85 RRC: Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente”.

expide el Registro Civil de Grecia, sería un documento público, que este Registro sería equivalente al Registro Civil español, puesto que el país heleno forma parte de la Unión Europea, y que la persona encargada de este órgano lleva a cabo un control de la legalidad del acto contenido en dicha certificación. Por lo tanto, y según la opinión de la DGRN se podría llevar a cabo la inscripción en España del nacimiento de Flavio.

### **3.2.3. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010**

Como consecuencia de la anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009 por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN modificó sus posicionamientos iniciales a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>41</sup>. Sin embargo, y a pesar de haber intentado proporcionar seguridad jurídica al régimen de la filiación en España de los nacidos mediante dichas técnicas reproductivas cuando dicha filiación ha quedado acreditada por autoridades de otros países, en opinión de CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ esta Instrucción no logró su objetivo puesto que “contiene un elenco poco acertado de requisitos que debe reunir tal sentencia para poder acceder al Registro civil español. Estas exigencias ignoran la realidad de las normas vigentes de Derecho internacional privado español y burocratizan de modo artificial e innecesario el acceso al Registro Civil español de la filiación acreditada en país extranjero”<sup>42</sup>.

Esta Instrucción limita su ámbito de aplicación a los supuestos en los que lo que se busque sea la inscripción en España de una relación de filiación establecida en un momento anterior por una autoridad registral extranjera. Este posicionamiento se basa principalmente en dos motivos esenciales. En primer lugar, la búsqueda de la protección jurídica plena del interés superior del menor y, en segundo lugar, la protección de las mujeres que llevan a cabo la gestación subrogada y renuncian de este modo a sus derechos como madres.

En lo que se refiere a la protección jurídica plena del interés superior del menor, esto se hace, según el órgano Directivo a través de tres instrumentos: “De un lado, se pretenden habilitar los medios necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar se intenta evitar que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores. Finalmente, se trata de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico”.

La principal diferencia entre la Resolución de 18 de febrero de 2009 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010 es que ahora se establece como requisito previo a la hora de inscribir el nacimiento mediante maternidad subrogada, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una decisión judicial dictada por el tribunal competente, en la que se determine la filiación del menor. Por lo tanto, el título inscribible sería esta resolución y no la eventual

---

<sup>41</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

<sup>42</sup> CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Volumen 3, Nº1, 2011, pp. 1.

certificación registral, ni tampoco la inscripción llevada a cabo mediante declaración acompañada de certificación médica del nacimiento del menor. Exigir esta resolución tiene, según la DGRN, “la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción[...]”.

Concluye el órgano Directivo afirmando las diferencias que existen entre el reconocimiento de una decisión extranjera dictada en el marco de un procedimiento de naturaleza contenciosa y una resolución de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Según este órgano, “si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de esta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción”.

En dicho control deberá constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante.
- e) Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Para finalizar, y relacionando el contenido de esta Instrucción con nuestro caso de estudio, no podemos concretar si el nacimiento de Flavio en Grecia cumple los requisitos necesarios para llevar a cabo la inscripción de su nacimiento en España, ya que no sabemos si se ha dictado una resolución judicial en el país heleno conforme a este hecho. En el caso de que sí que se hubiese dictado esta resolución habría que analizar las características de esta que hemos expuesto anteriormente, la regularidad y autenticidad formal, la competencia del Tribunal que la hubiese dictado, que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, etc.

### 3.3. ¿Qué relevancia penal tienen las acciones de Andrea y Alberto en España? ¿Qué pena, en su caso, les sería de aplicación?

#### 3.3.1. Introducción al Título XII del Código Penal

Analizando el caso que nos concierne, podemos observar que la pareja española formada por Andrea y Alberto es acusada al llegar a España de haber comprado al menor y, a continuación, siguiendo una orden judicial, se ve obligada a entregar al pequeño Flavio a unos padres de adopción.

Sin embargo, a pesar de que hemos visto anteriormente que según el artículo 10 LTRHA, el contrato que regula la maternidad subrogada es un contrato nulo por causa y por razón de objeto, no se establece sanción alguna para los intervinientes en este tipo de contrato. A su vez, si tenemos en cuenta el artículo 24.2 LTRHA<sup>43</sup>, podemos llegar a la conclusión de que aquellas infracciones en materia de reproducción asistida serán objeto de sanciones administrativas, sin perjuicio de las demás responsabilidades.

Dentro de esas responsabilidades, BAELO ÁLVAREZ se detiene a comentar la responsabilidad penal y la forma en la que esta se determina. En palabras de este autor, “junto a las sanciones administrativas y en ponderación a la gravedad de los hechos, será el *iter criminis* el que determine la concurrencia de elementos del tipo penal, que se inicia con el acuerdo de voluntades y se perfecciona tras el nacimiento del menor y la renuncia de todos los derechos de la madre gestante, el que pueda ser constitutivo de una comisión de los delitos tipificados en los artículos 220, 221 y 399 del Código Penal”<sup>44</sup>.

En lo que se refiere a la relevancia penal de las acciones llevadas a cabo por la pareja, es muy interesante tener en cuenta, en primer lugar, el Título XII de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP)<sup>45</sup>, bajo la rúbrica “De la suposición del parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”. Este Título responde a una finalidad clara que es la de unificar los delitos relacionados con la institución familiar. No obstante, en opinión de GONZÁLEZ RUS, la familia no es el único bien jurídico tutelado en todas estas figuras, ya que siguiendo su argumentación, “la familia no es en sí misma el objeto tutelado común a todas esas figuras, sino que más bien se muestra como el contexto interpersonal [...]”<sup>46</sup>.

En este Código de 1995 podemos observar una novedad en lo que se refiere a esta tipología de delitos, puesto que desde el Código Penal de 1948 hasta el Código Penal de 1973 estos delitos se incluían entre los delitos contra el estado civil de las personas, sin embargo, en sus orígenes más remotos los podíamos clasificar como delitos de falsedad.

---

<sup>43</sup> “Artículo 24.2: Las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir”.

<sup>44</sup> BAELO ÁLVAREZ, M: “La maternidad subrogada como una alternativa a la adopción: el baby business”. Congreso Internacional en Contextos de Riesgo, 2015, pp. 3228-3237.

<sup>45</sup> BOE: núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J: *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p.349.

Este Título XII del Código Penal ha introducido dos figuras delictivas novedosas, como son la del artículo 220.3 CP<sup>47</sup>, que se refiere a la sustitución de un niño por otro, así como la del tráfico de niños, que se regula en el artículo 221 CP<sup>48</sup>, unificando todos los delitos contra las relaciones familiares en un mismo Título. En lo que se refiere al delito de tráfico de niños, su comisión es más habitual que, por ejemplo, el de suposición de parto debido a que hoy en día el alumbramiento se suele producir en un centro hospitalario, por lo que es más difícil la comisión del delito. Esta mayor habitualidad se debe, en opinión de CARRASCO ANDRINO a “las fuertes diferencias económicas y sociales que existen entre los países en vías de desarrollo, que cuentan con altos índices de natalidad y pobreza, y países desarrollados, en muchos casos con tasas de crecimiento de la población negativa y mejor situación económica”. A su vez, según la opinión de esta autora, “este tráfico internacional de menores utiliza la figura de la adopción para enmascarar otros fines delictivos”<sup>49</sup>.

En relación a los delitos derivados de la utilización de las técnicas de la maternidad subrogada, la profesora LAMM establece que “la gestación subrogada sí que podría dar lugar a la comisión de dos de los delitos tipificados en el artículo 220 del CP (suposición de parto, donde el comitente se atribuye el hijo que legalmente lo es de la gestante y ocultación o entrega del hijo, donde la gestante lo entrega a la comitente) o uno del artículo 221 CP si mediara contraprestación económica (compraventa de niños)”<sup>50</sup>.

Si nos detenemos primeramente a analizar el artículo 220 CP, podemos observar que, en relación con nuestro caso, serían importantes los dos primeros apartados, puesto que se produce una suposición de parto cuando la pareja se atribuye el hijo que legalmente es hijo de Jana, la madre gestante. En segundo lugar, estaríamos ante una entrega del hijo, puesto que Flavio al nacer es entregado por la madre gestante a la pareja española con el fin de cumplir el contrato de gestación por sustitución y de esta forma alterar o modificar la filiación a favor de Alberto y Andrea.

---

<sup>47</sup> “Artículo 220: 1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años. 4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años. 5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año”.

<sup>48</sup> “Artículo 221: 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurre relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. 3. Si los hechos se cometieran utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

<sup>49</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M: “Protección penal de la filiación”. Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología, 2010, p.3.

<sup>50</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Colección de bioética. Universitat de Barcelona. Publicacions i Edicions. 2013. pp.72-73.

Sin embargo, el artículo anterior no nos interesa a la hora de determinar la responsabilidad penal de la pareja española, puesto que únicamente regula el comportamiento de la madre gestante, por lo que pasaremos a analizar el contenido del artículo 221 del Código Penal que regula la compraventa de niños.

### **3.3.2. Delito de compraventa de menores (Artículo 221 del Código Penal)**

Si nos centramos en la relevancia penal del comportamiento de Alberto y Andrea, habría que analizar el contenido del artículo 221 del Código Penal, cuya introducción en el Código Penal de 1995 se debió, por un lado, a una necesidad social derivada de la falta de punibilidad de estas acciones y, por otro, al cumplimiento de normas internacionales asumidas por el Estado español, como serían el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores de 20 de mayo de 1980<sup>51</sup>, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño celebrada el 20 de noviembre de 1989 y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, firmado el 29 de mayo de 1993<sup>52</sup>.

En relación con este artículo, hay que tener en cuenta la opinión del Tribunal Supremo en su sentencia 247/2014, la cual hemos comentado anteriormente, concretamente su Fundamento Jurídico Tercero, donde hace una exposición del concepto de “orden público internacional español”. Según el Alto Tribunal *“la vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es totalmente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución [...], e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero”*.

Por tanto, teniendo en cuenta el argumento anterior, podríamos ver una gran similitud entre el caso que analiza el Tribunal Supremo y nuestro caso de estudio, donde Andrea y Alberto se desplazan a Grecia únicamente con el objetivo de obtener un hijo mediante la técnica de gestación por sustitución, por lo que la relación jurídica que tendría la pareja con el estado extranjero sería totalmente artificial.

Si analizamos en profundidad el contenido de este artículo, deberíamos detenernos en cuál es el bien jurídico protegido en el artículo 221, circunstancia que genera una gran polémica entre la doctrina. Sin embargo, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH establece que “el bien jurídico protegido en estos delitos es el estado civil del menor y, más específicamente la filiación, entendida como el hecho de la adscripción de una persona a una determinada familia que comporta importantes consecuencias, tanto de carácter personal [...] como de carácter jurídico y personal del menor”<sup>53</sup>. Por lo tanto, entenderíamos que el bien jurídico protegido en este tipo es la filiación legal.

---

<sup>51</sup> BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, pp. 25291-25295.

<sup>52</sup> BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995, pp. 23447-23454.

<sup>53</sup> SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado “Robo de bebés””. Revista Europea de Derechos Fundamentales, 2013, p. 188.



A la hora de determinar el bien jurídico con exactitud deberíamos atender, en primer lugar, a la expresión recogida en el citado artículo “para establecer una relación análoga a la de filiación”. En relación con lo anterior, podemos observar que se produce una privación de la filiación que le debería corresponder al menor según nuestro Ordenamiento jurídico, por lo que en palabras de TORRES FERNÁNDEZ “se ataca la filiación legal, que por ello puede decirse que es el bien jurídico protegido”<sup>54</sup>. Por lo tanto, cuando los padres comitentes reciben al hijo nacido mediante las técnicas de maternidad subrogada, en realidad, lo que se estaría produciendo con la entrega del menor sería, según la autora, “un acto de disposición de hecho sobre la relación de filiación y su contenido, determinante de un aspecto del estado civil, que está sujeto a normas de carácter imperativo y que es indisponible por voluntad de los particulares”. Como consecuencia de lo anterior, podríamos deducir que con la comisión del delito del artículo 221 no se lograría establecer una nueva relación de filiación, puesto que esta, según lo establecido en el artículo 108 CC<sup>55</sup>, sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción.

Sin embargo, hay autores como CARBONELL MATEU que afirman que además de la filiación legal existe otro bien jurídico protegido en este tipo del artículo 221 CP que sería la dignidad del niño y que en palabras del autor “debe ser respetada en todo proceso o decisión que implique la separación del menor de su ambiente familiar, y que resulta excluida al ser tratado como una simple mercancía”<sup>56</sup>. Por tanto, si seguimos el argumento de este autor se estaría violando el bien jurídico de la dignidad humana al compensar económicamente a la mujer gestante, tratando al menor con un mero objeto del tráfico mercantil, cosificándolo e incluso instrumentalizando a la persona con el objetivo de conseguir un determinado fin.

A su vez, para algunos autores la consideración de estos dos bienes jurídicos protegidos es algo que lo diferencia del tipo penal contenido en el artículo 220 CP, ya que se trataría, según CARRASCO ANDRINO de “un delito pluriofensivo, con un plus de injusto respecto de los tipos contenidos en el artículo 220 CP”<sup>57</sup>. Sin embargo, para JAREÑO LEAL y BOIX REIG el bien jurídico es otro, en concreto, la fe pública registral y en relación con esto afirman que “el bien jurídico protegido es el mismo, la fe pública”<sup>58</sup>, que sería el mismo bien jurídico protegido que el del artículo 220 del Código Penal. Por último, analizaremos la postura de VILLACAMPA ESTIARTE, que añade otro posible bien

---

<sup>54</sup> TORRES FERNÁNDEZ, ME.: *El tráfico de niños para su “adopción” ilegal. El delito del artículo 221 del Código Penal español*, Ensayos Penales, Dykinson, Madrid, 2003, p.85.

<sup>55</sup> “Artículo 108: La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

<sup>56</sup> CARBONELL MATEU, J.C: *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 332.

<sup>57</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, 2002, p.101.

<sup>58</sup> BOIX REIG, J. y JAREÑO REAL, A: *Comentarios al Código Penal de 1995. Delitos contra las relaciones familiares*, Volumen I, Lustel, Valencia, 1996, pp. 1042-1043.

jurídico protegido en estos artículos, que sería “el derecho del niño a conocer su propia identidad”<sup>59</sup>.

En lo que se refiere al sujeto activo del delito, cualquier persona podría serlo, puesto que se trata de un delito común, el cual pueden cometer tanto padres como terceros, algo que se aprecia en el enunciado del tipo penal del artículo 221: “hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco”. A su vez se trataría de un delito plurisubjetivo o de participación necesaria, del tipo de los de encuentro, ya que una conducta no puede ser concebida sin la otra, es decir, la entrega no puede ser concebida sin la recepción. En palabras de CARRASCO ANDRINO, sería aquel tipo “que tiene como elemento esencial para la lesión del bien jurídico tutelado la pluralidad de sujetos activos y la pluralidad de conductas”<sup>60</sup>. Sin embargo, esta pluralidad de conductas afecta solamente a un bien jurídico, lo que supone que el que entrega al menor y el que lo recibe son coautores del delito del artículo 221 del Código Penal.

Sin embargo, en opinión de SANZ DIEZ DE ULZURRUN LLUCH no sería acertado castigar a todas las partes con la misma pena y en este sentido afirma que “resulta criticable de este artículo que la conducta de quien recibe al menor se sancione con la misma pena prevista para quien hace la entrega y con independencia de que las condiciones de vida del menor mejoren o no con la entrega”<sup>61</sup>. Por otro lado, QUERALT JIMÉNEZ sostendría la posición contraria, afirmando que “parece más reprochable la conducta de quien se beneficia de la situación de desamparo y necesidad del menor y de los deseos de adoptar un hijo de otra persona, que la conducta de la persona que sólo pretende ejercer una paternidad responsable sobre el hijo que se le entrega”<sup>62</sup>.

Otro de los posibles sujetos activos sería el intermediario, al que se le asigna la misma pena que a los demás autores. Esta figura del intermediario podría ser muy amplia, puesto que podría realizar funciones similares a las del autor, actuando como un coautor, o realizar tareas similares a la participación necesaria, como serían las de traslado del niño, captación de clientes, etc.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos llegar a la conclusión de que tanto la pareja española como la empresa con la que contratan el vientre de alquiler, así como la madre gestante serían sujetos activos de este tipo penal regulado en el artículo 221 del Código Penal.

Por otro lado, en lo que se refiere al sujeto pasivo del delito, este sería el menor cuya filiación se ve afectada, aunque algunos autores afirman que el sujeto pasivo también podrían ser cualquiera de los padres cuando la entrega se haga sin su consentimiento. Sin embargo, para algunos autores, el sujeto pasivo de este delito sería doble, por un lado, el

---

<sup>59</sup> VILLACAMPA ESTITARTE, C: “La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de tráfico de menores”, Revista de Derecho y Proceso Penal, 2001, pp. 67 y ss.

<sup>60</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, op. cit., p. 101.

<sup>61</sup> SAENZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M: “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado “Robo de bebés””, op. cit., p. 195.

<sup>62</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2008, p. 318.

menor, y por otro, el Estado, ya que el bien jurídico protegido tiene una dimensión pública. A su vez, existen autores como CORTES BECHIARELLI, que establecen otros requisitos sobre el bien jurídico protegido como, por ejemplo, que “el menor se debe de tratar de un recién nacido o, al menos, que tenga apariencia de recién nacido”<sup>63</sup>. En relación con lo anterior, MUÑOZ CONDE añade que el sujeto pasivo pueda serlo “un niño de más edad siempre que no tenga conciencia aún de sus relaciones de familia”<sup>64</sup>.

Por lo tanto, en relación al caso que nos atañe y siguiendo la doctrina mayoritaria, el sujeto pasivo del delito sería el pequeño Flavio, ya que es el menor sobre el cual se trata de determinar la filiación a favor de la pareja española, Andrea y Alberto. Flavio, hijo de la madre albanesa, Jana, al nacer es entregado a los padres comitentes con el fin de establecer una nueva relación de filiación a su favor, por lo tanto la filiación del menor sería objeto de una compraventa mercantil, algo que atentaría contra la dignidad del pequeño.

### **3.3.3. Elementos del tipo penal de compraventa de menores**

Si tenemos en cuenta el contenido del artículo 221 del Código Penal que regula la compraventa de menores, podemos observar que la conducta típica sería aquella que consiste en entregar al niño mediante compensación económica, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación.

En lo que se refiere a los elementos de este tipo penal habría que diferenciar los siguientes:

- a) Los que entreguen un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco

En relación con este elemento del tipo es importante resaltar su gran generalidad, ya que se habla de “cualquier menor”, por lo tanto el rango de posibles sujetos activos del delito sería muy amplio. Por menor entenderíamos, según SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS “la persona que no ha cumplido aún 18 años”<sup>65</sup>, momento en que se alcanza la mayoría de edad en España. Sin embargo, sería dudoso que este hecho se produjese en menores próximos a la mayoría de edad, ya que tienen una conciencia clara sobre su vinculación a una determinada familia, por lo que según BOIX REIG se tendría que tratar de “un menor que aún no es consciente de su relación de filiación”<sup>66</sup>.

En lo que se refiere al castigo aplicado al sujeto activo de la entrega del menor, para CORTÉS BECHIARELLI no sería apropiado castigar en la misma medida a un padre que entrega a su hijo, que la entrega de cualquier otro menor, por lo que “considera más grave la realización del hecho por un padre que por un extraño, y, por tanto, estima más acertado

---

<sup>63</sup> CORTES BECHIARELLI, E.: *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 66-67.

<sup>64</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 21ª Edición, Valencia, 2017, p. 28.

<sup>65</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Barcelona, 2001, p. 118.

<sup>66</sup> BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A.: *Comentarios al Código Penal de 1995*. Delitos contra las relaciones familiares, op. cit., p. 1059.

que se hubiera creado un tipo básico, cuando no existe relación parental y un tipo agravado, sobre la base de esa circunstancia”<sup>67</sup>.

Atendiendo a nuestro caso de estudio, podemos observar que este elemento del tipo se cumpliría porque se produce la entrega por parte de Jana, la madre gestante, de su hijo Flavio a los padres comitentes y sería indiferente la relación existente entre las diferentes partes.

#### b) Entrega de un menor

Este concepto de entrega está relacionado con la incorporación del menor a una nueva familia diferente de aquella a la cual había sido vinculada por adopción o por nacimiento. Además esta conducta típica de la entrega, según TORRES FERNÁNDEZ, consiste en “poner en manos o en poder de otro a una persona o cosa, y fija, parcialmente, el marco de lo penalmente relevante en la conducta de dar u ofrecer al menor, pues sólo él realiza el significado del verbo típico”<sup>68</sup>.

A su vez, este hecho típico del artículo 221 del Código Penal coincide con el hecho típico del artículo 220.1 del mismo Código, donde se recoge la siguiente expresión “entregar a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación”, mientras que en el artículo 221 la expresión es la siguiente: “entregar un menor a otras personas para constituir una relación análoga de filiación”.

Por lo tanto, según lo que hemos analizado hasta ahora la madre gestante albanesa, Jana, sería el sujeto activo que ha realizado la conducta típica de la entrega del menor.

#### c) Recepción del menor

En este artículo también se castiga al que recibe al menor y esto lo podemos apreciar mediante la expresión, “con la misma pena será castigada la persona que lo reciba”, contenida en el artículo 221 del Código Penal en su apartado segundo. Gracias a que el legislador ha castigado esta conducta de la recepción, el receptor también podría ser considerado como autor del delito y no solo como cooperador necesario.

Además esta conducta de la recepción consiste en recibir y, según la Real Academia Española, se trata de “tomar o hacerse uno cargo de lo que le dan”, y tiene que ser realizada por una persona distinta a la que hace la entrega.

A su vez en relación con la recepción existe una gran discusión entre la doctrina sobre cuándo se produce la acción típica, ya que algunos autores afirman que el tipo no requiere ningún elemento a mayores como, por ejemplo, el acceso al registro de la nueva filiación, mientras que otros establecen que, la consumación del delito se produce, cuando se realiza la inscripción registral de la filiación falsa.

---

<sup>67</sup> CORTES BECHIARELLI, E.: *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, op. cit. p. 150.

<sup>68</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: *El tráfico de niños para su “adopción” ilegal. El delito del artículo 221 del Código Penal español*. op. cit. p.108.

En relación al caso que nos atañe, las personas que han recibido al menor han sido Alberto y Andrea, la pareja española que ha contratado el vientre de alquiler, por lo que, como hemos visto anteriormente, también serían sujetos activos del delito contenido en el artículo 221 del Código Penal.

#### d) Compensación económica

Analizando este cuarto elemento del tipo penal, GONZÁLEZ RUS establece que se trata de “un estímulo económico determinante en la entrega o recibimiento del menor”<sup>69</sup> y que sería el enlace entre las dos conductas de los sujetos activos, la entrega del niño con el objetivo de conseguir un beneficio económico y la de quien paga para adquirirlo. Lo principal de esta compensación económica es que se obtenga un beneficio que se pueda valorar económicamente.

En lo que se refiere a la forma de realizar la compensación económica existen muchos medios para realizarla, por ejemplo, mediante dinero u otorgando alguna otra ventaja de naturaleza económica, como por ejemplo, la cancelación de una deuda, la prestación de un servicio de forma gratuita, el pago de los gastos médicos, etc. Este argumento se puede observar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 16/2005 de 13 de enero que establece que *“por compensación económica hemos de entender cualquier tipo de contraprestación evaluable en términos pecuniarios. Es evidente que no va a efectuarse tal entrega como precio confesado por los niños (basta que se cancele una deuda que tenga el intermediario, o el destinatario del dinero; o que se efectúa entrega de un bien que puede ser valorado en cuantía susceptible de superar el mero presente o regalo, etc.)”*<sup>70</sup>

A su vez, este elemento de la compensación económica sería un elemento objetivo del tipo, que expresaría la razón de las conductas de los sujetos activos, tanto la entrega como la recepción, siendo suficiente en este caso que haya un acuerdo sobre el precio, no siendo necesario el pago.

Por último, es importante comentar que la expresión “mediando compensación económica” implica una mercantilización de la figura del menor, ya que se estaría produciendo un intercambio económico que conllevaría la degradación del valor humano del niño al de mero objeto.

En relación con este elemento del tipo penal hay que tener en cuenta también el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia comentada anteriormente, la cual establece que *“en cualquier caso, el artículo 221 del CP castiga a quien entrega el menor, mediando compensación económica, y este requisito forma parte del tipo (la entrega sin contraprestación estará excluida del tipo) equiparando como sujeto activo del delito, no solo a quien recibe el dinero, sino a quien intermedia al fin expresado en el párrafo anterior, e incluso a quien lo entrega”*.

En relación con todo lo anterior podríamos afirmar que en nuestro caso de estudio se daría este elemento del tipo, puesto que la madre gestante es compensada por los gastos de

---

<sup>69</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J.: *Curso de Derecho penal español. Parte especial. I*, Dykinson, Madrid, 1996, p.501.

<sup>70</sup> SAP Vizcaya de 13 de enero de 2005 (JUR 2005\16).

embarazo, tratándose este de un embarazo caracterizado como de “altruista”, pero no se trataría de una retribución salarial.

e) Elusión de los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción

Este elemento del tipo hace referencia a una actuación que se situaría fuera de la legislación vigente, por lo que una actuación en la que sí que se respetasen esos procedimientos legales, aunque se produjese la entrega de un menor y, en la que hubiese contraprestación económica, no realizaría el tipo penal.

Además, de las tres instituciones contenidas en este artículo únicamente la adopción tiene como efecto jurídico propio la constitución de una relación jurídica de filiación similar a la biológica, por lo que en palabras de TORRES FERNÁNDEZ “hubiera bastado la mención de la adopción en el precepto, como institución cuyos requisitos legales y cuya función social resultan defraudados por la venta de menores, dado que las otras dos instituciones mencionadas, la guarda y el acogimiento, sólo son regímenes de protección de los menores a cargo de las instituciones públicas, sustitutivos del ejercicio de las facultades personales integradas en el marco de la patria potestad de los padres, pero no crean un vínculo de filiación permanente”<sup>71</sup>.

A su vez, en opinión de VILLACAMPA ESTIARTE, resulta criticable equiparar la adopción a la guarda o al acogimiento, ya que “cuando de ellas sólo la figura del acogimiento familiar puede llegar a conformar una situación semejante, capaz de modificar de facto la adscripción familiar del niño”<sup>72</sup>.

En relación con nuestro caso de estudio también podemos observar que no se seguiría ninguno de los tres procedimientos comentados anteriormente, por lo que también se daría este elemento del tipo.

f) Fin de establecer una relación análoga a la de filiación

Este elemento del tipo lo podríamos relacionar con una comisión dolosa porque muestra una voluntad deliberada del sujeto activo de cometer un delito, por lo que se trataría de un elemento subjetivo del injusto. Este elemento acompaña tanto a la conducta de entrega como a la de recepción, siendo más importante en esta última, puesto que es el sujeto que pretende establecer una relación estable relacionada con la patria potestad. Atendiendo a lo anterior, CARRASCO ANDRINO establece que “dicha finalidad debe estar presente en ambos, pues es el elemento que permite diferenciar este delito de otros en los que se persiguen finalidades distintas como la de explotación sexual, laboral o la venta de órganos”<sup>73</sup>.

Sin embargo, en relación con este elemento del tipo existe una gran controversia entre la doctrina, la cual trata de analizar a qué se refiere el legislador cuando habla de relación análoga de filiación. En opinión de MUÑOZ CONDE lo que se ha buscado con esa

<sup>71</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E: *El tráfico de niños para su “adopción” ilegal. El delito del artículo 221 del Código Penal español*. op. cit. p.113.

<sup>72</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C: “La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de tráfico de menores”, op. cit. p. 75.

<sup>73</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, op. cit., p. 115.

expresión es “una relación de filiación ficticia, en el sentido de que se produce una apariencia de filiación que no se sustenta jurídicamente, al igual que ocurría en los tipos del artículo 220 CP”<sup>74</sup>.

Asimismo, atendiendo a este elemento se puede observar de manera clara que el objetivo de la pareja comitente, es decir, la que realiza la conducta de recibir al pequeño Flavio, es la de establecer la filiación de este a su favor, a pesar de que como hemos visto anteriormente la madre comitente, Andrea, de ningún modo podría ser madre del pequeño.

Por lo tanto, después de analizar los elementos del delito de compraventa del artículo 221 del Código Penal, podemos ver que todos ellos se dan en nuestro caso de estudio, por lo que la pareja comitente sería responsable de un delito de compraventa de menores regulado en el artículo 221.2 del Código Penal que establece que “con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”. Además la excepción contenida en el citado artículo también se cumpliría en nuestro caso, puesto que se produce la entrega del menor en Grecia.

Por último, habría que analizar la posible comisión de un delito de falsedad documental contenido en el artículo 399 CP<sup>75</sup>, concretamente en su apartado segundo, que establece que “la misma pena se impondrá al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación”. Esta falsedad documental tendría que resultar cometida por la posterior inscripción del niño como hijo de los padres comitentes, algo que como se nos dice no se llega a producir, a pesar de que los padres comitentes lo intentan sin éxito en el Consulado español. Por lo tanto, como dicha inscripción no se había llevado a cabo, la pareja comitente no sería culpable por un delito de falsedad documental.

Como consecuencia de todo lo anterior, y según lo establecido en el artículo 221 del Código Penal, la pena a imponer a quien realizase esta conducta sería “la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años”. Por lo tanto, tanto a Andrea como a Alberto se les podría imponer una pena de prisión de entre uno y cinco años y una inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

### **3.4. ¿Y el maltrato de Alberto a Andrea? ¿Qué pena, en su caso, le sería de aplicación?**

#### **3.4.1. Introducción al delito de maltrato habitual**

En lo que se refiere a los actos de maltrato cometidos por Alberto contra Andrea podríamos ubicarlos dentro del delito de violencia doméstica, el cual fue introducido en nuestro

---

<sup>74</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, op. cit. p. 285.

<sup>75</sup>“Artículo 399: 1. El particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2. La misma pena se impondrá al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación, así como al que, sin haber intervenido en su falsificación, traficare con ella de cualquier modo. 3. Esta disposición es aplicable aun cuando el certificado aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado en España”.

Derecho penal en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal<sup>76</sup>, que creó el artículo 425 del Texto Refundido de Código penal de 1973<sup>77</sup> y lo incluyó en el Título correspondiente a las lesiones. Este tipo penal castigaba el ejercicio de la violencia física con carácter habitual sobre sujetos vinculados especialmente al agresor y que conviviesen con él. Como anteriormente no existía la figura del delito de violencia doméstica, estos actos se castigaban como delitos y faltas de amenazas, lesiones, coacciones y, en ocasiones, como delitos de homicidio.

Sin embargo, este tipo penal sufrió su primera modificación legislativa como consecuencia de la aprobación del Código Penal de 1995 con la que se amplió el número de posibles sujetos pasivos, pudiendo también ser sujetos pasivos de este delito los hijos y las personas sujetas a potestad, tutela, curatela o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o también los ascendientes o incapaces que convivieran con el sujeto activo.

A pesar de lo anterior, el delito de violencia doméstica contenido en el artículo 153 CP<sup>78</sup> sufrió una serie de reformas como consecuencia de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995<sup>79</sup>, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y del Real decreto de 14 de septiembre de 1982 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim)<sup>80</sup>, como por ejemplo, el ejercicio de la violencia física como modalidad de comisión, la aparición de otros sujetos activos como los excónyuges o los excompañeros sentimentales, etc.

En lo que se refiere a la redacción actual de este tipo penal de la violencia doméstica, el mismo surgió de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los

---

<sup>76</sup> BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989.

<sup>77</sup> BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.

<sup>78</sup>“Artículo 153: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

<sup>79</sup> BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999.

<sup>80</sup> BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1982.



extranjeros<sup>81</sup>. Además, como consecuencia de dicha ley se trasladó la ubicación de este delito al Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, Libro II del Código Penal, que contiene los delitos contra la integridad moral, concretamente al artículo 173.2<sup>82</sup>. Este artículo contempla el delito de violencia física o psíquica habitual en el ámbito familiar, que conlleva pena de prisión, así como retirada de permiso de armas e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y guarda, cuando así proceda, y puede suponer a su vez la imposición de medidas de libertad vigilada.

Si continuamos con el análisis de este artículo podemos observar que, en el apartado tercero del mismo artículo 173<sup>83</sup> se intenta llevar a cabo una aclaración del concepto de habitualidad que, según la norma, debe determinarse en función del número de actos violentos y el periodo de tiempo en el que se producen, sin importar que afecten al cónyuge o a cualquier otra persona señalada en el artículo anterior, teniéndose incluso en cuenta actos ya enjuiciados anteriormente.

A la hora de analizar el bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos habituales, RAMOS VÁZQUEZ afirma que “no es de extrañar que la determinación del bien jurídico protegido se caracterice por la existencia de planteamientos doctrinales sumamente heterogéneos”<sup>84</sup> y para determinar el bien jurídico protegido de este tipo penal existen principalmente tres posiciones doctrinales. En primer lugar, una tesis que considera la integridad corporal y salud física y mental como bien jurídico protegido, siendo el mismo objeto de tutela que el de los delitos de lesiones. En segundo lugar, otra tesis doctrinal, aunque minoritaria, que considera como bien jurídico protegido la paz y la convivencia familiar, la cual sería defendida por el Tribunal Supremo. Por último, una tesis mayoritaria actualmente que consideraría como bien jurídico protegido la integridad moral.

---

<sup>81</sup> BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>82</sup> “Artículo 173.2 : El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

<sup>83</sup> “Artículo 173.3: Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

<sup>84</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2005, p. 745.

En relación con la última de las tesis, la que considera como bien jurídico protegido a la integridad moral, TAMARIT SUMALLA establece en relación a este tipo penal que “el bien jurídico protegido no es la salud o la integridad corporal, sino la integridad moral o el derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante (art. 15 CE), como manifestación del principio de dignidad humana, sin perjuicio de la vinculación de los mencionados bienes jurídicos al espacio común de la incolumidad corporal. La elevación a la categoría de delito de supuestos inicialmente constitutivos de falta y la consideración que los mismos alcanzan al atentar contra la integridad moral del sujeto pasivo se fundamentan en las notas de habitualidad y convivencia o vinculación personal persistente”<sup>85</sup>.

A su vez, este tipo contenido en el artículo 173.2 del Código Penal se trata de un delito especial, ya que, en opinión de SAN MILLÁN FERNÁNDEZ “los sujetos activos y pasivos del mismo se ven limitados a aquellas personas que se encuentren unidas por alguna de las relaciones específicamente previstas en el tipo”<sup>86</sup>. A su vez, GRACIA MARTÍN completaría lo anterior añadiendo que se trata de un delito especial propio “por no existir en nuestro Código penal una figura delictiva paralela que pueda cometerse por cualquiera”<sup>87</sup>. En este sentido, en el caso de que no existiesen las circunstancias exigidas en el artículo 173.2 del Código penal, el que realice la conducta típica no será culpable por un delito del artículo anterior, ya que “no existe un tipo paralelo (de violencia habitual) con sujeto indeterminado al que remitirse”.

### **3.4.2. Conducta típica del delito de maltrato habitual**

Si llevamos a cabo un análisis de la conducta típica del maltrato habitual, esta estaría formada por dos elementos bien diferenciados, por un lado, ejercer violencia física o psíquica y, por otro, ejercer dicha violencia con carácter habitual.

#### **1. Ejercicio de violencia física o psíquica**

El citado artículo 173.2 tipifica una triple modalidad de conducta a través de la cual puede cometerse este delito, que sería el ejercicio exclusivo de la violencia física, el ejercicio exclusivo de la violencia psíquica y el ejercicio conjunto de ambas violencias, física y psíquica, siendo este último más frecuente y habitual.

##### **a) Violencia física**

En lo que se refiere al análisis del concepto de violencia física, esta sería, según la doctrina mayoritaria “toda agresión o acometimiento material realizado sobre el cuerpo del sujeto pasivo, con independencia de los resultados que se puedan ocasionar y que, de producirse, entrarán en concurso con el delito de malos tratos, por mandato expreso del artículo 173.2 del Código Penal”. Dentro de la expresión anterior se podrían contener un gran número de acciones, entre las que se encontrarían, por ejemplo, quemaduras, agarrones, empujones, etc.

---

<sup>85</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M.: *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, en AA.VV. (QUINTERO OLIVARES, G. Director), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 932.

<sup>86</sup> SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: *El delito de maltrato habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 65.

<sup>87</sup> GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Volumen I., Valencia, 1977, p. 440.

A la hora de determinar el grado de lesividad de estas acciones habría que atender a dos elementos que serían, en primer lugar, el padecimiento que generan al sujeto pasivo, y en segundo lugar, su necesaria repetición habitual. En lo que se refiere al padecimiento consecuencia de las acciones de violencia física, el rango que abarcará será muy grande e irá desde la dolencia más liviana hasta el dolor más intenso, siempre y cuando ambos dolores se sientan corporalmente. En segundo lugar, el sometimiento a los padecimientos de forma habitual será el medio utilizado por el sujeto activo para cometer el citado delito.

#### b) Violencia psíquica

Más complicado resulta la delimitación del concepto de violencia psíquica que fue objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, en concreto, CAMPOS CRISTÓBAL establece que la incorporación al tipo penal de este elemento produce “una intromisión excesiva del Derecho penal en el ámbito familiar y una cierta huida hacia el mismo para solucionar un grave problema social y cultural contra el que no se sabe muy bien cómo actuar”<sup>88</sup>.

Sin embargo, autores como SAN MILLÁN FERNANDEZ defienden la tesis contraria, puesto que “parece incuestionable que la restricción del delito de malos tratos habituales a los supuestos de violencia puramente física suponía dejar fuera del tipo innumerables conductas que, sin ser físicamente violentas, se presentan como tanto o más idóneas que estas para lesionar el bien jurídico”<sup>89</sup>.

Además, llegados a este punto sería interesante diferenciar los conceptos de violencia psíquica y violencia física, siendo considerado el primero por NÚÑEZ CASTAÑO como “cualquier acometimiento verbal o de obra, siempre que no implique un contacto corporal con el sujeto pasivo”<sup>90</sup>.

En lo que se refiere a la determinación del grado de lesividad de estas conductas, habría que atender a los mismos criterios que en el caso anterior, es decir, al padecimiento causado y a su causación reiterada.

Como hemos expuesto anteriormente, la delimitación del concepto de violencia psíquica ha sido históricamente un concepto difícil de determinar pero que al que el Tribunal Supremo se ha referido en numerosas ocasiones. Un ejemplo sería la sentencia de 27 de junio de 2003 (RJ 932/2003) del Tribunal Supremo, donde en su Fundamento Jurídico Segundo afirma, en relación al concepto de violencia psíquica, que consiste en “*una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada, que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio, que vulnera la propia personalidad de la víctima*”<sup>91</sup>.

Otro ejemplo sería la sentencia de 18 de diciembre de 2003 (RJ 1750/2003) del Tribunal Supremo, que en su Fundamento Jurídico Primero se refiere a este elemento de la violencia

---

<sup>88</sup> CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico”, Revista Penal, núm. 6, 2000, pp. 22-25.

<sup>89</sup> SAN MILLÁN FERNANDEZ, B: *El delito de maltrato habitual*, op. cit., p. 93.

<sup>90</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, Estudios sobre la tutela penal de la Violencia de género, Valencia, 2009, pp. 159-203.

<sup>91</sup> STS de 27 de junio de 2003 (RJ 932/2003).

psíquica como “*reiterados hostigamientos, descalificaciones, expresiones intimidatorias realizadas personalmente o por teléfono, repetidas amenazas de muerte, provocaciones intimidantes [...]*”<sup>92</sup>.

Por lo tanto, y en opinión de GUTIÉRREZ ROMERO, en estos actos de violencia psíquica deberá existir cierta relación de domino o superioridad entre agresor y víctima y que de esta relación se derive “una situación de temor, ansiedad, de reducción de la autoestima, de desesperanza o de frustración de la perjudicada, aunque no llegue a causar enfermedad psíquica”<sup>93</sup>.

En relación al caso que nos atañe está claro que se da el requisito de la violencia física, puesto que Andrea recibe el maltrato por parte de Alberto durante un mes, llegando incluso a necesitar de asistencia médica en una ocasión. A su vez no se explicita que haya sufrido violencia psíquica, pero podríamos llegar a la conclusión de que sí, si tenemos en cuenta las definiciones de violencia psíquica que ofrece el Tribunal Supremo, puesto que parece claro que se daría una situación de dominio por parte de Alberto sobre Andrea.

## 2. Habitualidad

Este es el segundo elemento característico del delito de malos tratos habituales, el cual se contiene en el apartado tercero del artículo 173.3 del Código Penal y según MUÑOZ SÁNCHEZ “se presenta como un elemento del tipo que configura lo injusto, fundamenta su desvalor y justifica su tipificación autónoma”<sup>94</sup>.

Sin embargo, este elemento se trata de una de las cuestiones que generan una mayor controversia entre la Doctrina y la Jurisprudencia. En lo que se refiere a las diferentes tesis doctrinales encontramos, en primer lugar, una tesis minoritaria que defiende una concepción subjetiva de la habitualidad, es decir, una determinada manera de ser o de comportarse el autor. Por otro lado, la opinión doctrinal más relevante y por tanto la mayoritaria, establece que la habitualidad se refiere a la violencia, es decir, a la conducta.

Si nos adentramos en el análisis de este concepto de habitualidad, podemos observar que se trataría de un elemento fáctico, que se caracterizaría por un clima de violencia permanente que el agresor mantiene con la víctima. Este hecho de la habitualidad debería de ser probado y sus requisitos son los siguientes:

### a) Número de actos de violencia acreditados

En lo que se refiere a este primer requisito hay que resaltar que estos actos violentos pueden ser de violencia física o psíquica y el legislador no ha delimitado con claridad el número de actos violentos necesarios para la realización de este tipo penal.

Debido a esta falta de delimitación de este requisito, han surgido dos líneas interpretativas, una interpretación formal más garantista y una interpretación material más flexible. En

---

<sup>92</sup> STS de 18 de diciembre de 2003 (RJ 1750/2003).

<sup>93</sup> GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “El maltrato psicológico: Presupuestos para su acreditación”. p.2.

<sup>94</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal*, BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A. (Coordinadores.), La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Barcelona, 2006, pp. 69-100.

primer lugar, la interpretación formal establece la necesidad de concretar el número de agresiones, así como el lapso de tiempo en el que se han producido. En este sentido, surge una corriente doctrinal y jurisprudencial que asocia la habitualidad con la comisión de tres o más delitos. Un ejemplo de lo anterior sería la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril (RJ 662/2002) que en su Fundamento Jurídico Cuarto expone que *“su estimación pueda considerarse en el contexto de un ámbito temporal de proximidad, y que la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor [...]”*<sup>95</sup>. Otro ejemplo sería la Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar que en relación a este concepto establece que *“sí se exige, empero, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial dictada fundamentalmente a propósito de la habitualidad en la receptación, que el sujeto activo haya llevado a cabo tres o más actos, en este caso de violencia física sobre las personas descritas en el tipo, ligados temporalmente por una determinada continuidad o proximidad cronológica”*.

En relación a la segunda línea interpretativa, la interpretación material más flexible entendía que lo relevante no era el número de actos cometidos sino la repetición o frecuencia de los actos, y que los mismos nos permitan vislumbrar que la víctima se encuentra en un estado de agresión permanente. Apoya esta línea interpretativa alguna sentencia del Alto Tribunal como sería la Sentencia de 20 de abril de 2015 (RJ 232/2015) que establece en su Fundamento Jurídico Segundo que *“lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre el autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo”*<sup>96</sup>.

Por lo tanto, el número de actos violentos deja de ser un criterio para establecer el requisito de la habitualidad y según la opinión de PÉREZ RIVAS entran en juego otros aspectos tales como “la situación, el contexto y la persistencia del clima enrarecido de convivencia generado por los episodios de violencia reiterados que lleven al órgano judicial al convencimiento de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”<sup>97</sup>.

Teniendo en cuenta la opinión de la autora anterior, podríamos observar que el requisito de la habitualidad está presente en los malos tratos sufridos por Andrea, puesto que durante un mes ha sufrido constantes agresiones tanto físicas como psíquicas.

#### b) Proximidad entre los actos violentos

Este requisito se refiere al carácter permanente y continuo de la violencia y lo que se plantea es la duración máxima del lapso temporal entre las diferentes agresiones, para que quede acreditada la denominada proximidad temporal. En relación con lo anterior, el criterio Jurisprudencial es contradictorio, puesto que el lapso temporal va desde los ocho días, como se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2003

---

<sup>95</sup> STS de 18 de abril de 2001 (RJ 662/2002).

<sup>96</sup> STS de 20 de abril de 2015 (RJ 232/2015).

<sup>97</sup> PÉREZ RIVAS, N.: “La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)”, Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín, 2015.

(ROJ 97/2003), hasta los tres años, como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 19 de noviembre de 1997.

Lo que sí que queda claro es que este requisito no se daría en el caso de que la pluralidad de agresiones, tanto físicas como psíquicas, tengan lugar en un acto único.

c) Concurrencia de diferentes sujetos pasivos

En relación con este requisito de la habitualidad, es necesario comentar que hasta la redacción del actual artículo 173.3 del Código Penal no quedó claro si la habitualidad tenía lugar con independencia de que dicha violencia se hubiese ejercido sobre la misma o diferentes víctimas. Sin embargo, hoy en día para poder apreciarse habitualidad en las agresiones, estas pueden ser realizadas sobre diferentes sujetos pasivos, pero hay que tener en cuenta uno de los posibles bienes jurídicos protegidos en este tipo penal, que sería la paz familiar, y en opinión de DEL MORAL GARCÍA los sujetos pasivos serían “aquellos que se hallen integrados en el mismo marco convivencial”<sup>98</sup>.

d) Independencia del enjuiciamiento o no de los actos violentos en procesos anteriores

Con respecto a este cuarto requisito de la habitualidad es indiferente para apreciarla que los actos violentos hayan sido objeto de enjuiciamiento en causas anteriores. En lo que se refiere a los actos violentos de los que el condenado ha sido absuelto, existe una doctrina mayoritaria que establece que esos hechos no podrán ser valorados a efectos de integrar el concepto de habitualidad ya que serían objeto de cosa juzgada.

Una vez analizados los dos elementos del delito de malos tratos habituales contenido en el artículo 173, podemos llegar a la conclusión de que Andrea es víctima de este tipo penal, en el cual el sujeto activo sería su pareja, Alberto. En primer lugar, se podría apreciar el requisito de violencia, y más concretamente violencia física, puesto que Andrea en una de las ocasiones requiere de asistencia médica después de una brutal paliza que le propina Alberto. En lo que se refiere a la violencia psíquica, no se nos dan datos concretos en el caso de estudio, pero podríamos entender que también se daría, puesto que normalmente un tipo de violencia trae consigo la otra. A su vez, también podríamos entender que se cumple el requisito de habitualidad, puesto que el maltrato que sufre la mujer se prolonga durante cuatro semanas y, como hemos visto anteriormente, lo importante no es solo el número de actos, sino también la frecuencia con la que se repiten. Por lo tanto, entenderíamos que Alberto sería culpable de un delito de malos tratos habituales.

Además, y para finalizar con el análisis de este tipo penal el artículo 172.3 también recoge un agravante en el caso de que los actos de violencia se realicen en presencia de menores, sin embargo, en relación con nuestro caso de estudio no tenemos datos sobre si el pequeño Flavio presenció los actos de maltrato llevados a cabo por Alberto.

---

<sup>98</sup> DEL MORAL GARCÍA, A: “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, Delitos contra las personas. Manuales de Formación continuada. Consejo General del Poder Judicial, núm. 3, Madrid, 1999, p. 305.

### 3.4.3. Delito de lesiones

Una vez analizado el delito de maltrato habitual habría que analizar las consecuencias de las diferentes agresiones que ha sufrido la víctima. Este delito de maltrato habitual sería autónomo en relación con el resultado concreto de cada una de las acciones llevadas a cabo por el sujeto activo, las cuales habrán de sancionarse separadamente, si aisladamente valoradas, se podrían tipificar como otros delitos específicos.

En este caso, durante esas cuatro semanas en las que Andrea soporta el maltrato por parte de su pareja sentimental sufre una brutal paliza que le obliga a recibir asistencia médica, por lo que si acudimos al Libro II del Código Penal, y concretamente a su Título III, que trata de las lesiones, podríamos deducir que se trata de un delito de lesiones del artículo 147 CP<sup>99</sup>, concretamente de su apartado primero, puesto que como consecuencia de la paliza propinada por Alberto, Andrea requiere de tratamiento médico, así como de una primera asistencia facultativa, los dos requisitos necesarios para que exista delito de lesiones de acuerdo con este artículo.

Sin embargo, si continuamos con el análisis del Título III, el artículo 148.4<sup>100</sup> hace referencia al sujeto pasivo del delito y establece que se aplicará una pena de prisión más elevada para el caso en el que la víctima haya sido la esposa, mujer o persona que hubiese estado ligada por una relación análoga de afectividad, situación que afectaría al caso que nos atañe, puesto que Andrea es la pareja de Alberto. Por lo tanto, en nuestro caso habría que aplicar este agravante a Alberto, por haberle producido a Andrea una lesión, que requirió de tratamiento médico, así como de una primera asistencia facultativa.

Por lo tanto, llegados a este punto nos encontraríamos con la concurrencia de dos tipos, el de malos tratos habituales y el de lesiones, cuya resolución sería conflictiva. El artículo 173.2 del Código Penal establece una regla concursal específica respecto de las lesiones producidas que impide resolver la concurrencia de estos dos delitos mediante un concurso de leyes, sino que habría que resolverlo mediante un concurso de delitos. Esta situación se daría desde la modificación del artículo 173, a través de la Ley Orgánica 11/2003, en la que se incluye una regla concursal que anteriormente se encontraba en el artículo 153 del Código Penal “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”. En palabras de FUENTES OSORIO “la creación de un clima de violencia y dominación (mediante actos

---

<sup>99</sup> “Artículo 147.1: El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

<sup>100</sup> “Artículo 148.4: Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

habituales de violencia física o psíquica) será sancionada por el artículo 173.2 CP y cada acción lesiva aislada en ese contexto por los delitos de lesiones oportunos”<sup>101</sup>.

En lo que se refiere a la justificación de la regla concursal anterior existen varios argumentos para justificar la no vulneración del principio de *non bis in idem*, entre los que se encontrarían, por ejemplo, la protección de bienes jurídicos diferentes, ya que el delito de malos tratos habituales protege la integridad moral y el tipo de las lesiones protege el bien jurídico de la salud física y psíquica. En relación con lo anterior, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 19 de octubre de 2010 (núm. 77/2010) resuelve una cuestión de inconstitucionalidad y expone en su Fundamento Jurídico Sexto lo siguiente: *“Debemos, en consecuencia, discrepar del planteamiento de la Magistrada proponente, y concluir que entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de los delitos en que se han concretado los actos de violencia no concurre una exacta identidad, y que, por ello, no cabe apreciar quebranto alguno del principio «non bis in idem»”*<sup>102</sup>.

A la hora de determinar el tipo de concurso a aplicar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 2006 (RJ 580/2006) establece en su Fundamento Jurídico Sexto que estaríamos ante un concurso de delitos del artículo 77 CP<sup>103</sup>, es decir, un concurso ideal de delitos, ya que expresa lo siguiente *“Este tipo penal constituye una infracción distinta a los concretos actos de violencia, actos que sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, y por tanto, ni el anterior enjuiciamiento de los mismos impide apreciar la existencia de este delito -se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas-, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia”*<sup>104</sup>.

Por lo tanto, en lo que se refiere al caso que nos interesa habría que enjuiciar a Alberto por un concurso de delitos del tipo ideal, debido a la unidad de acción que comprende el delito de maltrato habitual y el delito de lesiones, cuyas reglas vendrían comprendidas en el artículo 77 del Código Penal. En lo referente a este concurso ideal de delitos se aplica la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda la misma exceder a la suma de las que correspondería aplicar si se penasen separadamente las infracciones.

---

<sup>101</sup> FUENTES OSORIO, JL: “Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Jaén, 2013, p. 41.

<sup>102</sup> STC de 19 de octubre de 2010 (núm. 77/2010).

<sup>103</sup> “Artículo 77: 1.Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. 2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. 3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

<sup>104</sup> STS de 23 de mayo de 2006 (RJ 580/2006).



Por lo tanto, la pena a aplicar sería la del delito de lesiones del artículo 148.4 del Código Penal en su mitad superior, puesto que se trata de la infracción más grave de las dos que podríamos considerar. Teniendo esto en cuenta, Alberto sería condenado a una pena de prisión de 3 años, 6 meses y 1 día a 5 años, además de las diversas penas accesorias que debería concretar el juez o tribunal, como sería la pena de multa, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o tutela, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, etc.

**3.5. En este caso, ¿sería más pertinente el argumento de la “libertad de Mercado” que el del “altruismo”? Expóngalo críticamente.**

**3.5.1. El argumento del “altruismo”.**

En relación al caso que nos atañe, los comitentes, Andrea y Alberto, recurren a una empresa dedicada al alquiler de vientres en Grecia. Esta empresa actúa como intermediaria entre los padres comitentes y la mujer gestante, una mujer albanesa llamada Jana, madre de tres hijos y residente en Grecia, la cual encuentra en esta práctica una fuente de ingresos ante sus escasos recursos, a pesar de que esta no le agrada. El embarazo de esta mujer se considera de carácter “altruista”, de compensación por los gastos del embarazo pero no de retribución salarial, tal y como exige la legislación griega.

Teniendo en cuenta que estamos ante un caso de maternidad subrogada “altruista”, vamos a introducir, en primer lugar, las dos formas de maternidad subrogada que existen teniendo en cuenta la finalidad con la que actúa la mujer gestante. Dicha finalidad podría ser altruista cuando la mujer no percibe retribución alguna por el servicio prestado, lo que percibiría sería una compensación por los gastos derivados del proceso de gestación o por la pérdida de ingresos que le produzca, la cual se suele confundir en ocasiones con un salario o una remuneración. Dentro de estos gastos que el embarazo haya podido generarle a la mujer gestante podríamos encontrar los siguientes: desplazamientos para visitas médicas, medicación indicada por el especialista, alimentación adaptada, ropa premamá, faltas o ausencias laborales, ayuda a domicilio, etc. Esta característica de la ausencia de retribución tiene su justificación en un hecho que, tanto la ética como el Derecho tradicional entendieron vital, y que sería que las decisiones que afectasen a la dignidad humana deberían guiarse por el requisito de la gratuidad, siendo este requisito garantía de libertad.

Además, este argumento del “altruismo” se basa principalmente en dos presupuestos, que es el derecho de toda persona a ser padre o madre, por lo que no solo las parejas heterosexuales podrían disponer de este derecho, sino que debería poder acceder a él toda pareja que deseara tener un hijo, incluso individuos solos. En segundo lugar, se encontraría el derecho a la autonomía de la mujer sobre su cuerpo, que cedería su cuerpo para llevar a cabo la gestación en favor de otros a cambio de una compensación por los gastos del proceso.

Además, este tipo de maternidad subrogada se suele dar cuando existe una relación previa, familiar o de amistad, entre los padres comitentes y la madre gestante, es decir, dentro de un contexto intrafamiliar, puesto que el embarazo es una acción que compromete durante mucho tiempo a la mujer gestante y cuya importancia es enorme, ya que tras él surge una nueva figura humana. También este hecho facilita que el bebé tenga contacto con su madre

gestante y según BELLVER “dicha donación debería limitarse a familiares de primer o segundo grado, para que la gestante no desaparezca de la vida del bebé y sea parte de su mundo afectivo”<sup>105</sup>.

A su vez, este tipo de maternidad subrogada se basaría en la idea de que gestar un menor de otra persona sería un acto muy grande de compromiso y muy útil para aquella persona que no puede obtenerlo de otra manera, ya que en palabras de FERNÁNDEZ MUÑIZ “gestar a un niño para otra persona es una acción loable, enormemente responsable y muy comprometida, que supone hacerse cargo de un ser humano durante el inicio de su existencia, con lo que conlleva en esa etapa de la vida en la que su desarrollo depende completamente de la mujer gestante, y se considera, en principio, que si se hace de manera desinteresada, puede ser un acto extraordinariamente valioso por servir para proveer de un hijo con su carga genética correspondiente a quien no puede obtenerlo de otra manera”<sup>106</sup>.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior podemos observar que la gestación es un proceso tremendamente complejo y que exige una gran responsabilidad por parte de la mujer gestante, por lo que uno de los mayores problemas relacionados con la técnica de la maternidad subrogada de carácter altruista es la ausencia de personas desinteresadas que se encuentren dispuestas a llevar a cabo la gestación de un menor en favor de los padres comitentes.

Antes de pasar a comentar la gestación subrogada comercial, sería conveniente recordar que la gestación subrogada altruista está prohibida en algunos países, lo cual en muchas ocasiones se debe a la imposibilidad que tiene el Derecho de los Estados para prohibir la comercial, cuando la altruista es legal, por lo que a veces los diferentes países optan por una prohibición total. En segundo lugar, otro motivo para su prohibición se basaría en que quien no pueda recurrir a la altruista en su propio país, se desplazará al extranjero para beneficiarse de la gestación comercial, por lo que esta prohibición en muchas ocasiones resultaría ineficaz.

### **3.5.2. El argumento de la “libertad de mercado”**

Esta posición se basa principalmente en el hecho de que la mujer es completa dueña de su cuerpo, y como consecuencia de ello podría utilizarlo de la forma que quisiera. Por lo tanto, la mujer estaría en su pleno derecho de gestar un menor para otros, además de obtener una retribución por ello.

Sin embargo, existe un gran rechazo hacia este argumento de la “libertad de mercado” que lleva consigo la gestación subrogada comercial, puesto que tiene como consecuencia principal que los países en los que más se recurre a esta técnica son aquellos en los que la renta per cápita es más baja y en los que la mujer vive en un régimen de desigualdad con respecto al hombre.

---

<sup>105</sup> BELLVER CAPELLA, V: “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, Cuadernos de Bioética XXVII, 2017.

<sup>106</sup> FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I: “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, Vulnerabilidad, justicia y salud global, Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, núm. 26, 2010, pp. 27-37.

Además, existe una razón preferente por la que las mujeres recurren a la gestación subrogada de tipo comercial y es, como hemos dicho anteriormente, una razón de necesidad temporal. Como consecuencia de este hecho, este tipo de gestación por sustitución es vista por muchos como tremendamente negativa para la mujer y que, en algunos casos, alcanza la explotación de esta.

A su vez, en el ámbito de la maternidad subrogada de tipo comercial existe una gran asimetría entre la mujer gestante y los padres comitentes, al contrario que en el caso de la maternidad subrogada altruista, donde estas relaciones suelen ser de tipo familiar. Este hecho tendría como consecuencia que ambas partes no se encontrasen en la misma situación, es decir, que una de ellas, concretamente la madre gestante, no podría ser considerada una mujer completamente libre a la hora de tomar su decisión de gestar. En muchas ocasiones la mujer gestante tiene problemas para comprender el alcance del servicio que va a realizar y las condiciones a las que se va a ver sometida. También suele la madre gestante carecer del asesoramiento necesario para conocer las obligaciones legales en las que se va a ver inmersa e incluso, la diferencia de lengua es un obstáculo muy común al que se enfrentan las madres gestantes a la hora de conocer las condiciones del contrato de maternidad subrogada. Por el contrario, el objetivo de los padres comitentes será el de obtener el hijo más sano posible y que la contratación del servicio les resulte lo más económica posible.

En relación con el tema anterior, algunas asociaciones americanas como la American Society for Reproductive Medicine y la Assisted Reproductive Technology, han dispuesto algunas recomendaciones sobre las condiciones que deben cumplir tanto los padres comitentes como las mujeres gestantes, y en lo relativo a las segundas han establecido que estas deben contar con una familia estable que les proporcione el apoyo necesario durante el proceso de gestación.

Un hecho muy común en este tipo de contratos es también la limitación de la libertad a la que se ven sujetas las madres gestantes, puesto que los padres comitentes en muchas ocasiones tratan de controlar algunos aspectos de la vida de las madres de alquiler. En relación con esto BELLVER afirma que “Con ese afán, los comitentes podrían tratar de controlar no solo los hábitos alimentarios, el estilo de vida, sus relaciones sexuales o la realización de actividades físicas, sino hasta las mismas emociones”<sup>107</sup>. Un ejemplo de este control sería, por ejemplo, la imposición de la cesárea como forma de dar a luz intentando así evitar el sufrimiento del feto durante el parto.

Otro aspecto negativo de la gestación subrogada es la separación de las madres gestantes de sus familias y su internamiento en clínicas reproductivas durante el embarazo. Como hemos comentado anteriormente, las mujeres gestantes por norma general prestan este servicio como consecuencia de una necesidad, que sería la de ayudar económicamente a sus familias. Por lo tanto, realizar la prestación de este servicio supondría una paradoja, que sería la de desatender a los mismos a los que se está deseando ayudar.

---

<sup>107</sup> BELLVER CAPELLA, V: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, Revista de Filosofía, núm. 11, 2015.

No habría que olvidarse tampoco del impacto psicológico y social que supondría esta técnica en la madre gestante, sobre todo en lo que se refiere al momento en el que renuncia al hijo. Sin embargo, a pesar de que este tipo de gestación por sustitución trae consigo numerosas circunstancias negativas, la retribución que por la prestación de este servicio van a obtener las mujeres será mucho mayor que la que obtendrían por la prestación de cualquier otro servicio.

### **3.5.3. La gestación por sustitución en Grecia**

En lo que se refiere a nuestro caso de estudio, encuadrarlo dentro de una de las dos clases de maternidad subrogada, la maternidad subrogada de tipo comercial y la de tipo altruista, es una labor compleja y que no estaría nada clara.

En primer lugar, si tenemos en cuenta el enunciado del caso, se nos dice que la gestación subrogada contratada por la pareja española es de tipo altruista, puesto que Jana, la madre gestante, no percibe una retribución salarial por el embarazo, sino que recibe una compensación por los gastos de este. Esto tendría sentido puesto que en Grecia, país que forma parte de la Unión Europea y al que acuden Alberto y Andrea, la maternidad subrogada de carácter altruista es legal, existiendo un límite relativo a los gastos derivados del embarazo que deben pagar los padres comitentes a la mujer gestante y que sería de 10.000 euros.

Además habría que resaltar que en Grecia sus ciudadanos pueden acudir a esta técnica reproductiva desde el año 2002, año en el que se legalizó, sin embargo, a partir del año 2014 la gestación subrogada está permitida también para personas residentes en la Unión Europea, dato que nos permitiría situar el caso de estudio en un contexto temporal a partir de dicha fecha.

Sin embargo, no cualquier tipo de gestación por sustitución es aceptada en el país heleno, sino que esta debe cumplir una serie de requisitos que serían los siguientes:

- a) Que se trate de una pareja heterosexual casada o de mujeres solteras.
- b) Se trataría de una gestación subrogada de tipo altruista.
- c) No estaría permitido que la donante de óvulos sea la misma que la gestante.
- d) La madre gestante debe dar a luz en Grecia.
- e) El precio de la gestación por sustitución debe encontrarse entre los 70.000 y 80.000 euros.
- f) La justicia estudia cada caso en particular y decide sobre su rechazo o aprobación.
- g) La madre de intención debe tener al menos 50 años y contar con un certificado médico donde se certifique su imposibilidad para gestar.

Asimismo, de esta normativa griega también se puede extraer que las penas que deberán imponérsele, tanto a extranjeros como a nacionales, por el incumplimiento de alguno de los requisitos legales, serían la pena de prisión de un mínimo de 2 años.

Teniendo en cuenta todos los requisitos anteriores podríamos llegar a la conclusión de que el caso que nos atañe cumpliría dichas líneas rojas, a pesar de que no tenemos datos suficientes, ya que solo sabríamos que se trataría de una gestación subrogada de tipo

altruista, que la donante de óvulos es distinta que la madre gestante y que da a luz en Grecia.

Sin embargo, un hecho que nos podría hacer rechazar esta hipótesis de que se trate de un caso de gestación subrogada altruista sería el hecho de que no exista relación de parentesco o afectividad entre los padres comitentes o de intención y la madre gestante, requisito capital según la Doctrina. En este caso, podemos observar que la pareja española recurre a los servicios de Jana, la madre gestante, como consecuencia de la intermediación que realiza la empresa de alquiler de vientres y la relación existente entre las dos partes sería una relación meramente mercantil.

Otro aspecto que nos podría llevar a decir que nuestro caso se trataría de un caso de maternidad subrogada de tipo comercial sería el hecho de que la madre gestante se encuentre en situación de necesidad, puesto que aunque no tenemos más datos que el de que posee pocos recursos económicos, podríamos llegar a suponerlo, ya que se nos dice que es madre de tres hijos y que además ha emigrado a Grecia, posiblemente con la finalidad de buscar unas mejores perspectivas económicas. En relación a lo primero, da que pensar que después de haber sufrido tres embarazos una mujer esté dispuesta a pasar por un cuarto a cambio de nada, únicamente a cambio de una compensación por los gastos de dicho embarazo. En segundo lugar, en lo que se refiere al tema de la emigración, hay que destacar que en los años 90 la mayoría de los inmigrantes irregulares que entraban en Grecia procedían de Albania, debido entre muchos motivos, a la facilidad para cruzar la frontera a través de las montañas, por lo que podríamos suponer que Jana es una inmigrante albanesa, que habría llegado al país heleno con el fin de buscar una prosperidad que no había podido encontrar en Albania.

Por lo tanto, y después de haber analizado los aspectos más llamativos del caso, podríamos llegar a la conclusión de que se trata de un caso de gestación por sustitución de tipo comercial en el que la madre gestante se encuentra en situación de necesidad, motivo por el que recurre a esta técnica de reproducción humana asistida como vía para la obtención de recursos económicos que le son escasos.

#### **4. CONCLUSIONES**

Después de haber expuesto la situación en la que se encuentra la regulación de la maternidad subrogada tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional, cabría preguntarse si sería necesario establecer una regulación más eficaz para la utilización de esta técnica de la maternidad subrogada. Como hemos dicho anteriormente, sería muy poco eficaz una regulación estatal de este asunto debido a la existencia de lo que se conoce como “turismo reproductivo”, que sería el movimiento de personas de unos países a otros con la finalidad de obtener un tratamiento de reproducción humana asistida y que año tras año aumenta, sobre todo entre personas que proceden de países en los cuales la legislación de la gestación subrogada es más estricta. No obstante, una regulación a nivel internacional de este tipo de técnica sería mucho más eficaz, si lo que deseamos es prohibir o regular de una manera más estricta este fenómeno del turismo con fines reproductivos. Sin embargo, como todos sabemos, conseguir un acuerdo multilateral sobre este asunto sería algo tremendamente complicado actualmente y, como consecuencia de ello, aquellos países que

no formasen parte del acuerdo se beneficiarían atrayendo a aquellas personas naturales de países en los cuales estas técnicas estarían prohibidas.

Volviendo al caso que nos atañe, y teniendo en cuenta que los dos países con intereses contrapuestos en el caso son dos Estados integrantes de la Unión Europea, España y Grecia, bajo mi punto de vista esta organización internacional sí que debería buscar un acuerdo entre sus países miembros con el fin de regular la utilización de esta técnica y así evitar el trato diferenciado en los distintos estados.

En lo que se refiere a nuestro país, desde el año 2016 se abrió un debate sobre la necesidad de regular este asunto de la maternidad subrogada, concretamente en la Asamblea de la Comunidad de Madrid, donde se debatió una propuesta no de ley que finalmente no salió adelante. Esta propuesta surgió del partido político Ciudadanos y tenía como características más reseñables la necesidad de que la mujer gestante hubiese cumplido los 25 años, que estas ya hubieran sido madres con anterioridad, que fuesen españolas o residentes legales en España o incluso que tuviesen una situación socioeconómica estable.

Para concluir, es obvio que nuestro país necesita urgentemente una regulación sobre la gestación por sustitución, a mi entender debido a dos motivos, al contexto internacional del que España es parte y a una necesidad social, puesto que la maternidad subrogada ya es una realidad. Esta regulación debería, en mi opinión, girar sobre dos ejes, la protección de los derechos de las madres gestantes y de los menores obtenidos mediante esta técnica, puesto que en muchas ocasiones se verían estos vulnerados, incluso cuando el tipo de gestación subrogada es considerada como altruista, sin olvidarnos del derecho de cualquier persona a ser padre o madre. Ahora bien, ¿cómo podríamos entonces hacer equilibrar ambos derechos sin que una de las partes resultase dañada? Bajo mi punto de vista, debería abrirse la posibilidad de recurrir a esta técnica a todo tipo de personas, solteras, casadas, parejas heterosexuales, homosexuales, etc, algo que parecería lógico en una sociedad como la actual, pero que sin embargo no es posible en muchos países. A su vez, debería prohibirse cualquier tipo de retribución para la mujer gestante, incluso el pago por los gastos del embarazo, puesto que esta sería la forma de ocultar el estado de necesidad en el que se encontraría la madre gestante que ofrece este servicio. Por último, según mi parecer, solo deberían poder ofrecer este servicio aquellas mujeres que tuvieran una relación familiar o de afectividad con los padres comitentes, puesto que sería esta una forma de proteger más la figura de la madre gestante.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I*, Bosch, Barcelona, 1991.

BAELO ÁLVAREZ, M: “La maternidad subrogada como una alternativa a la adopción: el baby business”. Congreso Internacional en Contextos de Riesgo, 2015, pp. 3228-3237.

BELLVER CAPELLA, V,

- “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *Revista de Filosofía*, núm. 11, 2015.
- “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética* XXVII, 2017.

BOIX REIG, J. y JAREÑO REAL, A: *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Delitos contra las relaciones familiares, Lustel, Valencia, 1996.

BONILLO GARRIDO, L: “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 8070, sección Doctrina, 25 de abril 2013, pp. 1-2.

CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Volumen 3, núm.1, 2011, pp. 1.

CAMPOS CRISTÓBAL, R.: “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica y desde la perspectiva del bien jurídico”, *Revista Penal*, núm. 6, 2000, pp. 22-25.

CARBONELL MATEU, J.C: *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARRASCO ANDRINO, M.M,

- *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Estudios de Derecho Penal, 1ª Edición, Comares, 2002.
- “Protección penal de la filiación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, p.3.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Volumen 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares, Editorial Reus, Madrid 1995.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Bilbao, 2017, pp. 62-63.

CORTES BECHIARELLI, E: *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Edersa, Madrid, 1996.

DEL MORAL GARCÍA, A: “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar”, *Delitos contra las personas. Manuales de Formación continuada*. Consejo General del Poder Judicial, núm. 3, Madrid, 1999, p. 305.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, Volumen IV, Tomo 1, Derecho de familia, Tecnos, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, P.I: “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, Vulnerabilidad, justicia y salud global, Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, núm. 26, 2010, pp. 27-37.

FUENTES OSORIO, JL: “Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Jaén, 2013, p. 41.

GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Volumen I, Valencia, 1977, p. 440.

GONZÁLEZ RUS, J.J,

- *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p.349.
- *Curso de Derecho penal español. Parte especial. I*, Dykinson, Madrid, 1996, p.501.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M.: “El maltrato psicológico: Presupuestos para su acreditación”. p. 2.

HEREDIA CERVANTES, I.: *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, 2003, pp. 1.

LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Colección de bioética. Universitat de Barcelona. Publicacions i Edicions. 2013. pp.72-73.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2017, p. 28.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código penal”, BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A. (Coordinadores.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 69-100.

NUÑEZ CASTAÑO, E.: “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 del Código penal: el maltrato habitual”, *Estudios sobre la tutela penal de la Violencia de género*, Valencia, 2009, pp. 159-203.

PÉREZ RIVAS, N.: “La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)”, *Revista Opinión Jurídica* Universidad de Medellín, 2015.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2008, p. 318.



RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2005, p. 745.

SAENZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M: “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado “Robo de bebés””, Revista Europea de Derechos Fundamentales, 2013, p. 188.

SAEZ-SANTURTUN PRIETO, J: “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, Diario La Ley, Año XXXV, núm. 8293, sección Tribuna, 15 de abril 2014, p. 55.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Barcelona, 2001, p. 118.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: *El delito de maltrato habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 65.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, en AA.VV. (QUINTERO OLIVARES, G. Director), Comentarios al nuevo Código Penal, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 932.

TORRES FERNÁNDEZ, ME.: *El tráfico de niños para su “adopción” ilegal. El delito del artículo 221 del Código Penal español*, Ensayos Penales, Dykinson, Madrid, 2003, p.85.

VILLACAMPA ESTITARTE, C: “La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de tráfico de menores”, Revista de Derecho y Proceso Penal, 2001, pp. 67 y ss.

## **6. NORMATIVA**

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02).
- Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.
- Code civil français, versión consolidée au 3 janvier 2018.
- Constitución Española.
- Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.
- Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (vigente hasta el 05 de Julio de 2010).

- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.
- Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de técnicas de reproducción asistida.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.

## **7. RESOLUCIONES CITADAS**

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Sentencia núm. 65192/2011, de 26 de junio de 2014.  
 Sentencia núm. 65941/2011, de 26 de junio de 2014.  
 Sentencia núm. 25358/2012, de 27 de enero de 2015.  
 Sentencia núm. 4007/2017, de 24 de enero de 2017.

### **Tribunal Constitucional**

Sentencia núm. 77/2010 de 19 de octubre de 2010.

### **Tribunal Supremo**

Sentencia de 18 de abril de 2002 (RJ 662/2002).

Sentencia de 28 de febrero de 2003 (RJ 45/2003).  
Sentencia de 27 de junio de 2003 (RJ 932/2003).  
Sentencia de 18 de diciembre de 2003 (RJ 1750/2003).  
Sentencia de 23 de mayo de 2006 (RJ 580/2006).  
Sentencia de 6 de febrero de 2014 (RJ 247/2014).  
Sentencia de 20 de abril de 2015 (RJ 232/2015).

### **Resoluciones Dirección General del Registro y del Notariado**

Resolución de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735)

### **Audiencias Provinciales**

SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011 (JUR 2011\949)  
SAP Vizcaya de 13 de enero de 2005 (JUR 2005\16).

### **Juzgados de 1ª Instancia**

SJPI Valencia de 15 de septiembre de 2010 (AC 2010\193).